



REVISTA DA
DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE
MINAS GERAIS

Nº 8

ESPECIAL **DIREITOS HUMANOS**

Vol. 6 • Novembro de 2022

ISSN 2675-360X

REVISTA DA
DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE
MINAS GERAIS

V. 6 | N. 8 | Novembro de 2022 |
EDIÇÃO ESPECIAL DIREITOS HUMANOS

Belo Horizonte - MG
ISSN 2675-360X

DPMG – Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Rua dos Guajajaras, 1707, Barro Preto
30180-099 – Belo Horizonte, MG
Telefone: 31 3526-0513 | www.defensoria.mg.def.br

Defensora Pública-Geral | Biênio 2022-2024: Raquel Gomes de Sousa da Costa Dias

Subdefensor Público-Geral: Nikolas Stefany Macedo Katopodis

Corregedor-Geral | Biênio 2022-2024: Galeno Gomes Siqueira



Conselho Superior

Membros natos: Defensora Pública-Geral Raquel Gomes de Sousa da Costa Dias (Presidenta)
Subdefensor Público-Geral Nikolas Stefany Macedo Katopodis, Corregedor-Geral Galeno Gomes Siqueira

Membros eleitos | Biênio 2022-2024: defensoras e defensores públicos Andréa Abritta Garzon, Felipe Augusto Cardoso Soledade (secretário), Gustavo Francisco Dayrell de Magalhães Santos, Liliana Soares Martins Fonseca, Camila Machado Umpierre e Gilmara Andrade dos Santos Maciel.

Presidente da Associação das Defensoras e Defensores Públicos de Minas Gerais (ADEP-MG):
defensor público Fernando Campelo Martelleto

Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

ISSN 2675-360X

Realização: Defensoria Pública-Geral do Estado de Minas Gerais

Editor-chefe: Cirilo Augusto Vargas

Editor-chefe adjunto: Cláudio Miranda Pagano

Secretário: Marcelo Paes Ferreira da Silva

Conselho Editorial: Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira, Carlos Henrique Soares, Daniel Firmato de Almeida Glória, Emílio Peluso Neder Meyer, Fernando Gonzaga Jayme, Luciano Santos Lopes, Marcelo Veiga Franco, Paulo Adyr Dias do Amaral, Renata Christiana Vieira Maia, Renata Furtado de Barros, Renata Martins de Souza, Rodrigo Iennaco de Moraes e Alfredo Emanuel Farias de Oliveira.

Conselho de Pareceristas: Christiano Rodrigo Gomes de Freitas, Juliana de Carvalho Bastone, Leandro Coelho de Carvalho, Pedro Augusto Silveira Freitas, José Túlio Valadares Reis Junior, Cláudio Miranda Pagano, Bruno Freire de Jesus, Marcelo Paes Ferreira da Silva, Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa, Armando Ghedini Neto, Ana Sofia Rezende Sauma.

Editora assistente / Direção de arte: Lúcia Helena de Assis, *designer* de comunicação — Assessoria de Comunicação (Ascom/DPMG)

Colaboração: Persio Farhat Fantin, jornalista – coordenador da Assessoria de Comunicação da DPMG

CAPA — *vista parcial de um presídio no estado de Minas Gerais*. 2017.

Foto: Marcelo Sant'Anna/DPMG

Diagramação: Natan Santorsula (em estágio, sob supervisão da Ascom/DPMG)

Cartas à redação: revista@defensoria.mg.def.br

Os artigos assinados não refletem, necessariamente, a opinião da **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**, sendo seu conteúdo de responsabilidade de seus autores.

Permitida a reprodução parcial e integral desde que citada a fonte.

perpetrados com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos ministros militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República.

Um dos mais execráveis episódios de desrespeito à garantia de proteção judiciária foi o julgamento do HC nº 26.155/DF, em junho de 1936. Naquele contexto, o Supremo Tribunal Federal, baseado no decreto n. 702/1936 (que vedava a utilização da garantia constitucional do *habeas corpus*), permitiu a expulsão para a Alemanha da militante comunista Olga Benário Prestes, lavando as mãos quanto ao seu destino certo.

Existindo um componente ideológico que determina a amplitude do direito à tutela jurisdicional, é válido sustentar que, a depender do modelo de Estado adotado (liberal, social ou democrático de direito), serão variadas (*ou nulas*) as medidas adotadas pelo poder público para efetivar a garantia aqui exposta.

A estruturação lenta e deficitária da Defensoria Pública no Brasil revela o acerto da posição de José Cirilo de Vargas em relação à necessidade de se outorgar materialidade à tutela jurisdicional. A preocupação maior não é com as prerrogativas previstas formalmente pela Constituição, mas sim “com a efetividade do que se contém na legislação”³. Conforme pondera Marjorie Marona, para a garantia do pleno acesso à justiça, pela via dos direitos, exigem-se

[...] reformas institucionais que viabilizem a efetivação desses direitos, considerando que, na realidade, um conjunto mais ou menos extenso de condicionantes de ordem socioeconômicas ou identitárias funda estruturas de exclusão e desigualdade social, que impactam na efetiva igualdade de acesso à justiça pela via dos direitos.⁴

A recente eleição presidencial marcou o fracasso de um modelo de gestão econômica responsável pelo retorno do Brasil ao Mapa da Fome da Organização das Nações Unidas (ONU). Malogrou o projeto que visava a transformar o país em um “laboratório vivo do futuro liberal”, na feliz expressão de Loïc Wacquant. O Brasil não é, diferentemente dos Estados Unidos, uma “sociedade sem Estado” ou uma “sociedade contra o Estado”.⁵

³ VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 147-148.

⁴ MARONA, Marjorie Corrêa. *Acesso à qual justiça? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal*, p. 54.

⁵ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos – A onda punitiva*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 90.

Tendo em vista a composição do Congresso Nacional para a próxima legislatura, o que podemos esperar em relação à promessa do acesso à justiça, “o mais básico dos direitos humanos em um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”?⁶ Funcionará a Defensoria Pública como *contrapoder* social (ou institucional)? Haverá cumprimento da meta estabelecida na Emenda Constitucional nº 80/2014, de plena cobertura territorial da presença da instituição em todas as unidades federativas? É cedo para cravar um veredicto, porém o fim melancólico do projeto liberal de extrema-direita é certamente alvissareiro.

Esta 8ª edição da **Revista da Defensoria Pública de Minas Gerais** é uma singela homenagem ao trabalho de valor inestimável prestado pela Defensoria Pública Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais – DPDH, órgão em funcionamento desde 18 de maio de 2002 que, portanto, celebra 20 anos de atuação neste 2022.

Belo Horizonte, 7 de novembro de 2022.

Cirilo Augusto Vargas

Defensor Público

Editor-chefe da Revista da DPMG

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12-13.

SUMÁRIO

ARTIGO I – A pandemia de Covid-19 e o acesso aos direitos e à justiça; reflexões sobre seus efeitos no presente e no futuro da atuação da Defensoria Pública 8

CLEBER FRANCISCO ALVES

ARTIGO II – A aplicação do *legal design* no consentimento esclarecido do paciente 42

CARLA CARVALHO e LAÍS TATAGIBA

APÊNDICE – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – para uso, de exceção, de telemedicina .. 59

ARTIGO III – O processamento unificado de autorização de saída temporária proposto pelo Conselho Nacional de Justiça como instrumento de tutela jurídica de direitos fundamentais no âmbito do Direito Processual Coletivo e da Execução Penal 72

DANIEL BROCANELLI GARABINI

ARTIGO IV – Por um acordo de não persecução penal cabível até o trânsito em julgado: instrumento de política criminal em um sistema de justiça sobrecarregado 92

RODRIGO CASIMIRO REIS

ARTIGO V – Defensoria Pública contra a tortura: propostas para uma atuação estratégica e permanente para prevenção da tortura 107

CAROLINA BARRETO LEMOS e JOÃO VICTOR MURUCI

ARTIGO VI – Prisões e apreensões: uma análise do desempenho da política de drogas adotada pelo Brasil 128

SAMUEL MIRANDA COLARES

ARTIGO VII – Mães órfãs: uma análise de casos de separação dos bebês de suas mães vulnerabilizadas sob a ótica da vida nua de Agamben 144

JÚNIA ROMAN CARVALHO e GUILHERME FERREIRA SILVA

ARTIGO VIII – O abuso sexual, suas implicações e desafios na proteção social da infância e adolescência: um diálogo entre a Psicanálise e o Direito 167

LARISSA FERREIRA DIAS LEITE, RENATA FLORES MAGALHÃES e
VALDETE DUARTE DA SILVA ALBERTO

ARTIGO IX – A Defensoria Pública como defensora da criança 186

BRUNO FIORIN HERNIG, LUCIANA BRAVO GERRERO e MARIANA BISSONI DE SOUZA

ARTIGO X – A atuação da Defensoria Pública a favor dos hipervulneráveis e próxima dos movimentos sociais: contribuindo para superar o déficit de cidadania e a violação de direitos fundamentais 204

ANA CLÁUDIA DA SILVA ALEXANDRE STORCH

ARTIGO XI – II Mutirão das Transidentidades redefinindo alcances da Defensoria Pública mineira: da atuação estratégica localizada à regionalização 218

MÔNICA ALVES DA COSTA, ANTÔNIO RODRIGUES NETO e
FLANDER DE ALMEIDA CALIXTO

ARTIGO XII – Os atendimentos da Defensoria Pública e o direito humano fundamental à assistência jurídica integral e gratuita: entre técnica jurídica e contingências do cotidiano 235

PAULO HENRIQUE DRUMMOND MONTEIRO

A pandemia de Covid-19 e o acesso aos direitos e à justiça; reflexões sobre seus efeitos no presente e no futuro da atuação da Defensoria Pública¹

The Covid-19 pandemic and the access to rights and justice; reflections on its effects on the present and future of the Public Defender's Office performance

CLEBER FRANCISCO ALVES

Doutor em Direito pela PUC-Rio. Professor titular da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (UFF), RJ. Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Defensor público no Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: São amplamente conhecidos os impactos sociais, sanitários, econômicos e jurídicos ocasionados pela pandemia de Covid-19 sobre a vida das pessoas ao redor do planeta. A necessidade de adoção de novos métodos de enfrentamento da doença, em escala mundial, provocou mudanças significativas no modelo de organização política dos países, nas instituições que compõem seus sistemas de justiça e, conseqüentemente, nos serviços de assistência jurídica gratuita. Partindo da premissa de que a eclosão da pandemia se deu no cenário de um mundo “transnacional”, este trabalho investiga sobre os desafios e as perspectivas surgidas, no âmbito brasileiro e internacional, de concretização do direito humano de acesso à justiça, em especial por meio da Defensoria Pública.

Palavras-chave: Pandemia de Covid-19; Impacto mundial; Adequações institucionais; Acesso à justiça; Defensoria Pública.

Abstract: *The social, health, economic and legal impacts caused by the Covid-19 pandemic on the lives of people around the planet are widely known. The need to adopt new methods of coping with the disease, on a global scale, caused significant changes in the political organization model of countries, in the institutions that make up their justice systems and, consequently, in free legal assistance services. Starting from the premise that the outbreak of the pandemic took place in the scenario of a “transnational”*

¹ O presente texto corresponde a artigo que foi elaborado especialmente para ser publicado na seção “artigo de autor convidado”, na edição correspondente ao número 15 (jan.-jun./2021), da Revista da Defensoria Pública da União, que foi parcialmente atualizado, em razão dos ulteriores desdobramentos no quadro da pandemia de Covid-19 e publicado como capítulo do livro “Defensoria Pública e Covid-19 – no cenário intra e pós-pandêmico”, cujos organizadores foram Alberto Carvalho Amaral, Cleber Francisco Alves e Maurílio Casas Maia (editora D’Plácido).

world, this work investigates the challenges and perspectives that have emerged, in the Brazilian and international scope, of realizing the human right of access to justice, in particular through the Public Defender's Office.

Keywords: *Covid-19 pandemic; global impact; institutional adjustments; access to justice; Public Defender's Office.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A eclosão da pandemia do Covid-19 no cenário de um mundo “transnacional” e as estratégias de enfrentamento nos diversos países; 3. Impactos da pandemia do Covid-19 no âmbito do acesso aos direitos e à justiça: perspectiva mundial e nacional; 4. Reflexões sobre os efeitos da pandemia do Covid-19 no presente e no futuro da atuação da Defensoria Pública; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

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

Em março de 2020, após uma rápida expansão do contágio da doença pelo mundo afora, a OMS — Organização Mundial da Saúde — declarou formalmente que estava configurada a situação de pandemia. A capacidade de propagação do vírus e a gravidade da doença são notórias, tendo em vista que — apesar de todas as medidas e esforços no sentido de conter sua disseminação e minimizar seus efeitos — até o final de abril de 2021 já haviam sido registrados mais de 152 milhões de casos no mundo, chegando à casa de 3 milhões e 200 mil pessoas mortas em razão da doença². No Brasil as estatísticas revelam números lamentáveis, com um

² Informações obtidas na plataforma *Our World in Data*, ou “Nosso Mundo em Dados”, em tradução livre. Tal plataforma foi criada a partir de um esforço coletivo de pesquisadores da Universidade de Oxford e da organização sem fins lucrativos *Global Change Data Lab*. Os dados coletados são usados por grandes jornais, como *The New York Times*, *BBC*,

percentual total de contágios e, sobretudo, de mortes muito superiores à média mundial: com apenas 2,8% da população global, o Brasil terminou o ano de 2020 com 10,8% das mortes provocadas por Covid-19 em todo o mundo. O país tinha, em 31/12/2020, mais de 9% do total de pessoas infectadas pelo novo coronavírus: dos cerca de 83 milhões de casos de Covid-19 registrados no mundo em 2020, o Brasil respondeu por 7.675.973. Esse quadro vem se agravando drasticamente a partir dos primeiros meses de 2021, com a eclosão de que tem sido reconhecido como uma segunda onda, e surgimento de novas cepas do vírus que causa a doença, ultrapassando o total de 400 mil mortes no final de abril de 2021, tendo o Brasil alcançado o topo do tétrico ranking de maior quantitativo de mortes por milhão de habitantes no mundo (1.900 mortes por milhão de pessoas): certamente esses números devem ser ainda maiores, em razão de ocorrência de subnotificação.

A eclosão da pandemia de Covid-19, formalmente declarada no início do ano 2020, provocou impactos dramáticos e profundos na vida cotidiana da maioria dos habitantes do planeta. Em todas as atividades humanas foram sentidos os efeitos dessa terrível e insidiosa doença para cujo enfrentamento, paradoxalmente, apesar do sofisticado estágio de desenvolvimento científico e tecnológico contemporâneo, pouquíssimas nações estavam preparadas. Os sistemas de saúde de muitos países colapsaram. As atividades econômicas sofreram duros revezes, em razão da necessidade de observar as determinações de autoridades sanitárias impondo medidas de afastamento social e, em alguns casos mais drásticos, de total *lockdown*. Tais medidas afetaram principalmente os setores do comércio, dos serviços — notadamente o turismo, atividades culturais e de lazer — e, também, da indústria. O sistema educacional teve que se reconfigurar, com fechamento das escolas, passando o ensino a ser ministrado de forma remota aos estudantes em seu próprio domicílio³, com utilização de recursos tecnológicos através de plataformas digitais, com acesso pela internet.

Esse quadro de desafios e transformações não foi diferente no âmbito dos sistemas de acesso à justiça. A necessidade de distanciamento e, até mesmo, de total isolamento social implicou na interrupção das atividades predomina-

Guardian e *The Washington Post*, além de outras publicações, como a *Science* e *Nature*. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/coronavirus>>. Acesso em: 1 mai. 2021.

³ Para uma reflexão mais aprofundada sobre os impactos da pandemia de Covid-19 no sistema educacional sugere-se consulta a: KLOH, Fabiana Ferreira Pimentel; ALVES, Cleber Francisco. Conselho Tutelar diz que aulas presenciais violam direitos das crianças: o relativismo na obrigatoriedade da frequência à escola e a opção pela educação domiciliar. In: VASCONCELOS, Maria Celi Chaves (org.). *Educação Domiciliar no Brasil: mo(vi)mento em debate*. Curitiba: Editora CRV, 2021. p. 95-113. Ver também, no mesmo livro, o capítulo “Reflexões acerca da Educação Domiciliar e da Desescolarização a partir do cenário de pandemia”, de autoria de Aline Lyra e Antônio Jorge Gonçalves Soares.

temente presenciais dos serviços forenses e de assistência jurídica e impôs a adoção de novas rotinas e procedimentos destinados a assegurar a continuidade da prestação desses serviços, considerados essenciais para a preservação da ordem e da paz social. Os órgãos judiciais e os profissionais que atuam nas diversas funções jurídicas passaram a atuar em regime de atendimento remoto, totalmente dependentes do uso de equipamentos e recursos tecnológicos para o processamento de dados e para viabilizar a comunicação e interação entre os prestadores dos serviços e os respectivos destinatários.

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

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

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

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

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

2. A eclosão da pandemia de Covid-19 no cenário de um mundo “transnacional” e as estratégias de enfrentamento nos diversos países

Na história da humanidade⁴, são recorrentes os registros de surtos pandêmicos que provocaram efeitos devastadores de grande magnitude. A pior delas teria sido a “Peste Negra”, no século XIV, que dizimou boa parte da população da Europa, e da Ásia. Não há dados precisos registrados historicamente, mas estima-se que o número de mortos tenha sido de 75 milhões a 200 milhões de pessoas, o que se deu ao longo de um período de cerca de 7 anos (1346–1353). Há pouco mais de 100 anos, no início do século XX, entre os anos de 1918 e 1920, a chamada “Gripe Espanhola” parece ter sido a primeira pandemia de alcance efetivamente mundial, afetando países de todos os continentes. Calcula-se que cerca de 25% da população mundial foi atingida, sendo o número de mortos estimado entre 20 e 40 milhões de pessoas. As precárias condições de higiene, o elevado nível de pobreza e o ainda incipiente estágio do conhecimento técnico-científico na área de saúde pública explicam esse número tão alto de fatalidades.

Considerando-se o vertiginoso progresso alcançado pelas ciências e pela medicina ao longo do século XX, e a sofisticação dos recursos tecnológicos para processamento de dados e comunicação, potencializados ainda mais nestes tempos de ampla expansão da internet, podia-se supor que seria improvável a eclosão de novos surtos pandêmicos, em pleno século XXI, de grandes proporções quanto à letalidade e alcance territorial. Porém, a rápida e devastadora propagação da pandemia de Covid-19 contrariou todos esses prognósticos. Essa propagação foi amplamente favorecida pela realidade contemporânea de um mundo globalizado, com uma população mundial na casa dos 7 bilhões de pessoas, cuja circulação entre os países é facilitada⁵ por um sistema de transporte aéreo com notável estágio de conectividade e eficiência, que torna possível atravessar o planeta no espaço de apenas um dia.

Por mais paradoxal que pareça, embora o mundo contemporâneo tenha se tornado uma espécie de “aldeia global”, em que as pessoas tem a facilidade de transporte internacional relativamente barato e seguro, de comunicação imediata via internet, com acompanhamento em tempo real dos fatos e

⁴ Para uma visão panorâmica sobre o histórico das pandemias, ver: UJVARI, Stefan Cunha. *Pandemias: a humanidade em risco*. São Paulo: Contexto, 2011.

⁵ Segundo dados da IATA, no ano de 2018, antes da pandemia, as companhias aéreas transportaram 4,4 bilhões de passageiros ao redor do mundo. Disponível em: <<https://www.iata.org/contentassets/f8d2fbbfe2664612a1e4e65a22422d-c3/2019-07-31-01-sp.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2021.

acontecimentos que se passam nos mais longínquos recantos do planeta, muitos são os obstáculos e dificuldades que se põem para superação de certos problemas e a resolução de graves questões que ainda assolam a humanidade. O modelo de organização política vigente na comunidade internacional, baseado no dogma da soberania territorial dos Estados Nacionais⁶, parece que — em muitos aspectos — não mais se compatibiliza com as necessidades e desafios da realidade contemporânea, que assume cada vez mais uma dimensão transnacional. Esse cenário atual caracteriza-se “por uma complexa teia de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, que, conseqüentemente faz emergir novos atores, interesses e conflitos, que demandam respostas eficazes do direito”⁷. Em suma, parece evidente que o Estado Nacional não é mais capaz de dar respostas adequadas às complexas e difusas demandas de cunho transnacional que se fazem presentes no mundo contemporâneo⁸.

Exatamente nesse cenário de crise do modelo dos Estados Nacionais, em que a realidade da globalização torna cada vez mais notória a necessidade de compreensão e análise dos problemas a partir de um novo paradigma, que tem sido designado de “transnacionalidade”⁹, marcado pela preocupação com a efetividade de direitos difusos e transfronteiriços¹⁰, que deve ser situada a eclosão e propagação da pandemia de Covid-19. O modo errático com que muitos países estão lidando com a pandemia e as dificuldades que as organizações internacionais, como a OMS, tem enfrentado para desempenhar sua missão¹¹ deixam patente as características de índole transnacional do problema, cuja solução não será alcançada de modo eficaz se conduzida sob a perspectiva do paradigma do nacionalismo, e cujos impactos sociais, ambientais e econômicos vão se fazer sentir, em escala mundial, ainda por muito tempo.

Feitas essas considerações e reflexões situando a eclosão da pandemia de Covid-19 no cenário contemporâneo de um mundo transnacional, faremos uma

⁶ CRUZ, Paulo Márcio. *Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI*. Itajaí: UNIVALI, 2014.

⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 41.

⁸ Esse impasse está bem ressaltado por Jurgen Habermas, na sua obra “*Màs allá del Estado Nacional*”. Traducción y introducción de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trota, 2008.

⁹ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 174-181.

¹⁰ Nessa categoria estão abrangidas, por exemplo, as questões relativas ao meio ambiente, sustentabilidade, solidariedade, direitos humanos e equidade étnico-racial, sistemas de comunicação e de circulação de informações e dados etc.

¹¹ Em grande medida essas dificuldades decorrem da falta de caráter coercitivo para suas determinações, que juridicamente são compreendidas como meras “recomendações”, muitas vezes desprezadas e até questionadas sem qualquer embasamento técnico-científico.

breve digressão crítica sobre as estratégias que têm sido adotadas pelos Estados Nacionais para o enfrentamento da doença e de suas consequências na esfera doméstica de cada país. São inúmeros os estudos publicados relatando as medidas adotadas, analisando sua eficácia e comparando os resultados obtidos. Segundo tais estudos vários são os fatores que podem ser relevantes para se compreender as alternativas disponíveis e opções ou estratégias escolhidas em cada caso. Para maior aprofundamento, vale a pena consultar o livro “*Coronavirus politics – the comparative politics and policy of Covid-19*”, recém-publicado pela editora da Universidade de Michigan (EUA), que tem dentre as organizadoras a professora brasileira Elize Massard da Fonseca.¹²

Logo após identificar o surgimento do vírus SARS-Cov-2, e sua rápida propagação causadora da Covid-19, a China adotou medidas drásticas e incisivas de isolamento de mais de 50 milhões de pessoas habitantes na Província de Wuhan onde o novo coronavírus teria pela primeira vez infectado seres humanos. Paralelamente, foram adotadas medidas de monitoramento e rastreamento rigoroso de casos confirmados da doença, com imposição de isolamento total de todos os que tivessem tido contato com pessoas infectadas. A obrigatoriedade do uso de máscaras e medidas de distanciamento social também foram sistematicamente adotadas. Considerando o gigantismo da China (em termos territoriais e populacionais), há que se reconhecer o êxito alcançado: até janeiro de 2021 o número total de casos no país era de pouco mais de 87.000, sendo 4.634 mortos, representando um percentual de pouco mais de 3 mortes por milhão de habitantes¹³.

Vários países asiáticos seguiram aproximadamente esse mesmo padrão de medidas para evitar a propagação da doença, o que resultou no baixíssimo número de casos. Por exemplo, no Vietnã, até dezembro de 2020, haviam sido registrados apenas 35 mortes e 1385 casos, numa população de cerca de 97 milhões de habitantes¹⁴. O índice de mortes por milhão de habitantes era de menos de maior por cento (mais precisamente, 0.36). Em Taiwan, esse índice era ainda menor (0.34): até janeiro de 2021 eram apenas 7 mortes, dentre 843 casos, dos

¹² GREER, Scott L.; KING, Elizabeth J.; PERALTA-SANTOS, André; FONSCA, Elize Massard (ed.). *Coronavirus politics – the comparative politics and policy of Covid-19*. Michigan: University of Michigan Press, 2021.

¹³ Esse número configura-se baixíssimo se comparado com outros países de grande extensão territorial: o índice dos EUA, em 31/01/2021, era de mais de 1500 mortos por milhão de habitantes, e o da União Europeia era de mais de 1200, conforme dados obtidos na plataforma *Our World in Data*, ou “Nosso Mundo em Dados”, em tradução livre. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/coronavirus>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

¹⁴ Disponível em: <<https://jornal.usp.br/radio-usp/apos-sobreviver-a-china-e-eua-vietna-vem-superando-tambem-a-pandemia/>> Acesso em: 31 jan. 2021.

quais 746 de pessoas que contraíram o vírus fora do país, isso numa população de quase 24 milhões de habitantes. Fora da Ásia, o caso mais bem-sucedido parece ter sido o da Nova Zelândia¹⁵.

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

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

No cenário mundial, de certo modo, parece surpreendente o número relativamente baixo de casos e letalidades verificados no continente africano. Temia-se que, devido ao elevado índice de pobreza e fragilidades no sistema de saúde e acesso a medicamentos, ocorreria uma severa disseminação da doença na África¹⁶. De acordo com dados da Organização Municipal de Saúde, na Região Africana haviam sido registrados apenas 3.316.851 casos até 26/04/2021, sendo um total de 42.090 mortes. Esse número contrasta de modo gritante com aqueles da América Latina, que teria cerca de 30 milhões de casos e mais de 920 mil mortes nessa mesma data¹⁷.

¹⁵ De acordo com estudo realizado pelo *think-tank* australiano *Lowy Institute*, divulgado em janeiro de 2021, a Nova Zelândia teria sido o país com melhor gestão da pandemia de Covid-19, em um universo de quase 100 nações estudadas. Com 5 milhões de habitantes, o país havia contabilizado menos de 2 mil casos e apenas 25 mortes no final de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://interactives.lowyinstitute.org/features/covid-performance/>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

¹⁶ Em outubro de 2020 foi publicada uma matéria no sítio eletrônico da *BBC News* a respeito da intrigante questão sobre a relativamente baixa propagação da pandemia no continente africano, embora nos pareça que as respostas então propostas para explicar esse quadro não se revelam suficientes. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-africa-54418613>. Acesso em: 1 mai. 2021.

¹⁷ Disponível em: <<https://covid19.who.int/>>. Acesso em: 1 mai. 2021, tomando como referência – no caso da América Latina – os dados gerais do continente americano, excluídos os números correspondentes ao Canadá e EUA.

Para uma visão panorâmica acerca das medidas e estratégias concretas adotadas pelos mais variados países no enfrentamento da pandemia de Covid-19, tomaremos como base dados coletados em pesquisa realizada no âmbito do *Global Access to Justice Project*, em cooperação com a Universidade Federal Fluminense (UFF)¹⁸, de que participaram representantes de cerca de 50 países. De acordo com dados obtidos nessa pesquisa, 86% desses países adotaram restrições em relação às viagens internacionais, seja proibindo a entrada de estrangeiros (39%), seja impedindo o ingresso de viajantes advindos de determinados países (27%), ou mesmo vedando a entrada de toda e qualquer pessoa, incluindo cidadãos e residentes que desejem retornar ao país (20%).

A referida pesquisa revelou ainda a maciça adoção pelos governos nacionais (86%) de medidas assistenciais em prol das populações necessitadas. Dentre tais medidas, destaca-se: (i) a concessão de auxílios financeiros diretos e subsídios mensais a pessoas que ficaram desempregadas ou cuja renda tenha sido afetada em decorrência da pandemia (Brasil, Camboja, Chile, Colômbia, Cuba, Chipre, Espanha, Finlândia, Índia, Japão, Quênia, Nova Zelândia, Macedônia do Norte, Paquistão e Taiwan); (ii) a isenção de tributos para pessoas físicas (Cuba e Mongólia); (iii) a isenção de cobrança por serviços públicos essenciais como gás, eletricidade e taxas de limpeza (Geórgia e Nepal); (iv) a prorrogação ou desoneração de obrigações tributárias para empresas e microempresas (Brasil, Colômbia, Finlândia, Seychelles, Espanha e Taiwan); (v) a suspensão da prestação de garantias fiscais (Chipre); (vi) a concessão de auxílio-doença a trabalhadores infectados (Chipre); (vii) a facilitação do acesso a benefícios sociais como o auxílio-desemprego (Nova Zelândia e Espanha); (viii) a concessão de licença paternidade especial de até quatro semanas para cidadãos com filhos (Chipre); (ix) a suspensão das operações comerciais por parte de empresas e microempresas, permanecendo o não recolhimento fiscal condicionado a não demissão de funcionários durante a pandemia (Chipre); (x) a distribuição de alimentação *in natura* ou cupons para aquisição de alimentos (Brasil, Etiópia, Índia, Quênia, Paquistão e Estados Unidos); (xi) o diferimento no pagamento de encargos contratuais diversos como taxas, juros, multas e empréstimos. Detectou-se também que a pandemia afetou severamente a rotina de estudos em todo o planeta, sendo identificado o fechamento compulsório de instituições de ensino em 94% dos países analisados¹⁹.

¹⁸ Para mais informações sobre o *Global Access to Justice Project* e, especificamente sobre essa pesquisa aqui mencionada, ver: <<http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt-br>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

¹⁹ ESTEVES, Diogo; ALVES, Cleber F.; SILVA, Franklyn R. A.; AZEVEDO, Júlio C. Acesso à Justiça em tempos de

No caso do Brasil, muitas das medidas adotadas em outros países também foram aqui implementadas. Logo no início do ano de 2020, quando já se vislumbrava um horizonte preocupante quanto à disseminação internacional da Covid-19, foi aprovada a Lei Federal n.º 13.979²⁰, de 6 de fevereiro de 2020, onde foram previstas medidas passíveis de serem adotadas pelas autoridades públicas para o enfrentamento da emergência em saúde pública²¹ decorrente do surto do novo coronavírus. Dentre essas medidas elencadas no Art. 3º da referida Lei, podemos mencionar: isolamento, quarentena, determinação compulsória de exames médicos, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, uso obrigatório de máscaras de proteção individual, restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país, de locomoção interestadual e intermunicipal. Por se tratar o Brasil de um país de dimensão continental, com características regionais e locais muito variadas, e em que vigora o regime de governo federativo, surgiram muitas controvérsias quando à efetivação, na prática, de várias dessas medidas, quando da eclosão da pandemia, a partir de março de 2020. A Constituição Federal brasileira de 1988 adotou um modelo que costuma ser designado de “federalismo cooperativo” no qual a União, os Estados e Municípios compartilham competências e responsabilidades quanto à edição de normas jurídicas e à prestação dos serviços públicos, observado o princípio da predominância de interesses. Desse modelo deveria resultar um papel de protagonismo da União no que se refere ao planejamento, coordenação e diretrizes de âmbito nacional para o enfrentamento da pandemia, cabendo aos Estados e Municípios, conforme o caso, adequar e aplicar essas diretrizes no seu âmbito territorial, sempre com o intuito de assegurar maior eficácia possível para a proteção da saúde dos cidadãos. Porém, não foi exatamente isso o que ocorreu²², o que acabou levando muitas controvérsias para serem dirimidas na esfera judicial, suscitando dúvidas e embates que tem dificultado sobremaneira a eficácia do combate à disseminação da doença no Brasil.

pandemia: o impacto global do COVID-19 nas instituições político-jurídicas. *Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Niterói-RJ, v. 22, n. 2, ago./dez. 2020, p. 147-170.

²⁰ Ao longo do ano de 2020, outras normas legais foram aprovadas, introduzindo modificações ou acréscimos nas regras estabelecidas por essa Lei. Foi o caso das Leis n.º 14.006, 14.019 e 14.039, todas de 2020.

²¹ Na data da promulgação dessa Lei, a Organização Municipal de Saúde ainda não havia declarado formalmente o estágio de pandemia, mas de “situação de emergência internacional”.

²² Ver: MARRAFON, Marco Aurélio. CF estabelece cooperação federativa para superar crise do coronavírus. In: *ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/constituicao-poder-cf-estabelece-cooperacao-federativa-crise-covid-19>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

O fato é que, lamentavelmente, fatores de cunho ideológico e político²³ acabaram interferindo fortemente na definição dos rumos, estratégias e prioridades das políticas públicas relacionadas ao enfrentamento da pandemia no Brasil, o que resultou no profundo agravamento e amplificação do quadro crítico decorrente da pandemia de Covid-19 em nosso país. Segundo estudo internacional já antes mencionado, feito por conceituado Instituto de Pesquisas da Austrália — o *Lowy Institute*, divulgado em janeiro de 2021, o Brasil foi considerado o país que teve a pior gestão de políticas públicas, em um universo de 100 nações estudadas²⁴. Essa percepção está em sintonia com dados sistematizados na pesquisa “Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil”, realizada pelo Centro de Pesquisas e Estudos de Direito Sanitário (CEPEDISA) da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), em parceria com a ONG — Conectas Direitos Humanos²⁵. De acordo com as pesquisadoras Deisy Ventura e Rossana Reis, da USP, não teria ocorrido propriamente “incompetência e negligência” na gestão da pandemia, mas sim uma “estratégia institucional de propagação do vírus, promovida pelo governo brasileiro sob a liderança da Presidência da República”, cujo objetivo seria a retomada da atividade econômica o mais rápido possível e a qualquer custo²⁶. Numa análise comparativa com as estratégias adotadas por países como a Coreia

²³ Na mesma linha da postura adotada pelo presidente dos Estados Unidos da América, o chefe de Governo do Brasil, presidente Jair Bolsonaro, assumiu uma postura negacionista acerca dos critérios técnicos e científicos indicados como adequados para contenção e prevenção da Covid-19, ridicularizou uso de máscaras, opôs-se a medidas de isolamento social e estimularam a prevenção e “tratamento precoce” (expressão utilizada pelo Ministro da Saúde em entrevista coletiva à imprensa, concedida no dia 21 de julho de 2020, em Porto Alegre, RS) da doença com medicamentos cuja eficácia não é reconhecida pela ciência. Para uma reflexão sobre essa questionável “estratégia” do governo brasileiro, sugere-se consulta a: <<https://observatoriohospitalar.fiocruz.br/conteudo-interno/estrategia-brasileira-de-combate-covid-19-como-o-vacuio-de-lideranca-minimiza-os>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

²⁴ Ver: <<https://interactives.lowyinstitute.org/features/covid-performance/>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

²⁵ Trata-se de projeto que reuniu uma equipe multidisciplinar que realizou pesquisa documental para constituição de um banco de normas relacionadas à pandemia de Covid-19 no Brasil, com produção de dados para análise qualitativa de impacto potencial sobre direitos humanos, além de produção de dados para desagregação e análise quantitativa, em especial o cruzamento de dados sobre as normas com indicadores epidemiológicos. Os resultados dessa pesquisa foram divulgados em edições quinzenais do *Boletim Direitos na Pandemia*, publicados pela Conectas Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.conectas.org/publicacoes/>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

²⁶ Essa estratégia, segundo as referidas pesquisadoras, estaria configurada em três eixos fundamentais detalhadamente mapeados na pesquisa, consistentes em “1. atos normativos da União, incluindo a edição de normas por autoridades e órgãos federais e vetos presidenciais; 2. atos de obstrução às respostas dos governos estaduais e municipais à pandemia; e 3. propaganda contra a saúde pública, aqui definida como o discurso político que mobiliza argumentos econômicos, ideológicos e morais, além de notícias falsas e informações técnicas sem comprovação científica, com o propósito de desacreditar as autoridades sanitárias, enfraquecer a adesão popular às recomendações de saúde baseadas em evidências científicas, e promover o ativismo político contra as medidas de saúde pública necessárias para conter o avanço da Covid-19”. Segundo as referidas pesquisadoras, houve um “empenho e a eficiência da atuação da União em prol da ampla disseminação do vírus no território nacional, declaradamente com o objetivo de retomar a atividade econômica o mais rápido possível e a qualquer custo.”. (Ver: <<https://www.conectas.org/publicacoes/download/boletim-direitos-na-pandemia-no-10>>. Acesso em: 10 fev. 2021.)

do Sul, a Alemanha e a Suécia, o pesquisador Carlos Luiz Strapazzon, da UFSC, também concluiu que “os serviços preventivos de difusão da doença não foram a prioridade na estratégia de ação do Ministério da Saúde”²⁷: o foco principal teria sido nas questões de ordem econômica e não sanitária. Fomentou-se assim, segundo parece, um equivocado dilema e confronto entre proteção da saúde e a preservação da atividade econômica²⁸, cujas consequências ao final e ao cabo estão se revelando dramáticas e devastadoras tanto para a saúde dos brasileiros quanto para a economia nacional.

3. Impactos da pandemia do Covid-19 no âmbito do acesso aos direitos e à justiça: perspectiva mundial e nacional

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

Embora as questões principais relacionadas à pandemia de Covid-19 tenham sido relacionadas primordialmente à esfera da saúde pública, o impacto das medidas e políticas públicas adotadas para conter a disseminação do vírus tem provocado amplos e preocupantes efeitos em várias outras esferas, inclusive afetando direitos humanos de diversas dimensões, dentre os quais o direito fundamental de um

²⁷ STRAPAZZON, Carlos Luiz. Respostas à pandemia e a estratégia brasileira. In: *Revista Eletrônica do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte, n.41, mai./ago. 2020, pp. 136-165.

²⁸ Esse falso dilema já era apontado, logo no início da pandemia, por vários especialistas e pesquisadores no Brasil e no mundo. Para ilustrar os argumentos, pode-se conferir o artigo “*A pandemia de Covid-19 e o isolamento social: saúde versus economia*”, publicado pelos professores Andrés Ferrari e André Moreira Cunha, do Departamento de Economia da UFRGS, disponível em: <<https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/artigo-a-pandemia-de-covid-19-e-o-isolamento-social-saude-versus-economia/>> Acesso em: 9 fev. 2021.

acesso à justiça de modo suficientemente célere, justo, equitativo e efetivo²⁹. Esse quadro se torna dramático quando se pensa nos grupos sociais mais vulneráveis, como no caso de crianças e adolescentes, mulheres vítimas de violência doméstica, minorias étnicas e religiosas, migrantes, população indígena, trabalhadores informais, pessoas em situação de rua e as pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza: todos esses são os que mais tem sofrido o impacto da pandemia. A Covid-19 tem tornado mais visíveis e eloquentes as desigualdades sociais no que se refere à distribuição da riqueza, do acesso à saúde, à educação, ao emprego, à moradia etc. Tais desigualdades se mostram ainda mais agudas, amplificando a necessidade de mecanismos efetivos de acesso à justiça, aptos a coibir violações de direitos, a solucionar conflitos, e assegurar as mínimas condições de vida digna dos cidadãos mais vulneráveis no que se refere à proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais básicos, assim reconhecidos tanto no ordenamento jurídico interno como também no plano internacional.

Conforme indicado acima, ao longo do ano de 2020, na maioria dos países foram adotadas medidas de limitação/restrição aos direitos e liberdades fundamentais, com atribuição de poderes emergenciais às autoridades públicas, consideradas necessárias para conter a propagação da doença. De acordo com pesquisa já antes mencionada, realizada no âmbito do *Global Access to Justice Project*, em cooperação com a Universidade Federal Fluminense (UFF)³⁰, entre os dias 07 e 27 de abril de 2020, em que foram coletados dados quantitativos e qualitativos de mais de 50 países, em 92% deles foram adotadas medidas de isolamento social como, por exemplo: restrição à realização de reuniões e eventos; redução da capacidade de lotação nos transportes públicos; fixação de limites de quantidade ou de duração de saídas de casa por dia e até mesmo imposição de toque de recolher. Na época da pesquisa, quando ainda se vivia o estágio inicial da pandemia, foi registrado que 47% dos países chegaram a impor regime de *lockdown* cujo descumprimento podia implicar em aplicação de penalidade pecuniária, ou seja, multa (73% dos países pesquisados) ou até mesmo a privação de liberdade (em 41% dos países foi mencionada a possibilidade de prisão).

²⁹ Para uma visão panorâmica analisando os principais impactos da pandemia de Covid-19 no que se refere ao acesso aos direitos e à justiça, no cenário internacional, com indicações de diretrizes e recomendações para superação dos desafios quer no que se refere às medidas imediatas quer com relação a perspectivas e providências futuras, recomenda-se consulta ao documento “*Guidance Note: Ensuring Access to Justice in the Contexto of Covid-19*”, elaborado pelo UNODC – United Nations Drugs and Crime e pelo UNDP – United Nations Development Programme. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/Ensuring_Access_to_Justice_in_the_Context_of_COVID-191.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2021.

³⁰ Ver: <<http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt-br>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

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

Embora essas medidas sejam, na maioria dos casos, efetivamente razoáveis e necessárias, a pesquisa revelou que em 31% dos países pesquisados foram registradas situações que pareciam configurar injustificadas violações de direitos humanos, cometidas sob o pretexto de se conter a propagação de Covid-19. Esse tipo de relato se deu mesmo em países formalmente considerados sob regime democrático, que se pautam pelos princípios do Estado de Direito, como no caso da África do Sul, onde foi apurado pela pesquisa uma ocorrência — que ainda estava sob investigação — em que 8 (oito) pessoas teriam sido mortas, executadas por policiais ou autoridades militares, por suposta violação à quarentena imposta no país³¹.

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

Em certas situações, o efetivo funcionamento de mecanismos adequados para viabilizar o acesso aos direitos e à justiça, especialmente para os mais vulneráveis pode ser indispensável mesmo para salvar vidas e preservar a integridade física das pessoas. Isso ocorre, por exemplo, na garantia de tratamento e assistência médico-hospitalar (especialmente em casos em que seja necessária vaga em UTI — unidade de terapia intensiva), na prevenção e contenção de

³¹ ESTEVES, Diogo; ALVES, Cleber F.; SILVA, Franklyn R. A.; AZEVEDO, Júlio C. Acesso à Justiça em tempos de pandemia: o impacto global do Covid-19 nas instituições político-jurídicas. *Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Niterói, RJ, v. 22, n. 2, ago./dez. 2020, pp. 147-170.

casos de violência doméstica e de casos de tortura ou — especificamente neste contexto da pandemia — nas hipóteses em que a soltura de presos pode ajudar a evitar a disseminação do vírus SARs-CoV-2 no sistema carcerário e no sistema correicional infanto-juvenil.

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

Outra questão preocupante que foi consideravelmente agravada no contexto da pandemia de Covid-19 foi a da violência doméstica contra a mulher. Em todo o mundo verificou-se a necessidade de adoção de medidas específicas para prevenir e conter crimes e atos de violência no lar, não apenas à mulher, mas também às crianças e aos adolescentes. Na pesquisa acima referida foram reportadas inúmeras ações específicas implementadas por órgãos estatais dentre as quais podemos mencionar: (i) campanhas de conscientização envolvendo o combate à violência de gênero (Espanha, França, Grécia, Portugal, Serra Leoa e Suíça); (ii) reforço do serviço de atendimento telefônico policial (Espanha, França e Grécia); (iii) criação de linhas específicas de denúncia (Argentina, Espanha, Portugal, Quênia e Uruguai); (iv) apoio psicológico por meio de *WhatsApp* (Espanha); (v) adoção de medidas imediatas para a evicção do agressor e manutenção da vítima no lar familiar (França); (vi) disponibilização de centros de proteção para acolhimento imediato das vítimas evitando sua exposição ao contágio (Espanha); (vii) abertura parcial de creches e escolas infantis para atender filhos de mulheres mantidas no trabalho (Cuba, Finlândia e Holanda); (viii) medidas específicas de prevenção em abrigos femininos (Chile e Finlândia); e (ix) isenção de multa por desrespeito ao *lockdown* para mulheres vítimas de violência doméstica (Espanha e Macedônia do Norte)³².

³² *Idem. Ibidem.*

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

No dia 19 de março de 2020 o CNJ aprovou a Resolução n.º 313/2020 que instituiu o regime de Plantão Extraordinário no Judiciário brasileiro a ser cumprido de modo remoto, com a suspensão do expediente forense regular e, em consequência, do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias. No art. 4º dessa Resolução foram elencados os casos³³ que seriam obrigatoriamente apreciados nesse regime de Plantão, e no art. 5º foi determinada a suspensão temporária dos prazos processuais, tendo, porém, sido ressalvado que tal suspensão prevista não obstará a prática de ato processual necessário à preservação de direitos e de natureza urgente, na forma do Art. 4º.

Importante destacar que em praticamente todos os tribunais brasileiros os processos judiciais já se encontravam, em sua maioria ou quase totalidade,

³³ Dentre esses casos, foram expressamente previstos: *habeas corpus* e mandado de segurança; medidas liminares e de antecipação de tutela de qualquer natureza, inclusive no âmbito dos juizados especiais; comunicações de prisão em flagrante, pedidos de concessão de liberdade provisória, imposição e substituição de medidas cautelares diversas da prisão, e desinternação; representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária; pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, interceptações telefônicas e telemáticas, desde que objetivamente comprovada a urgência; pedidos de alvarás, pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores, substituição de garantias e liberação de bens apreendidos, pagamento de precatórios, Requisições de Pequeno Valor – RPVs e expedição de guias de depósito; pedidos de acolhimento familiar e institucional, bem como de desacolhimento; pedidos de progressão e regressão cautelar de regime prisional, concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas e pedidos relacionados com as medidas previstas na Recomendação CNJ n 62/2020; pedidos de cremação de cadáver, exumação e inumação; e autorização de viagem de crianças e adolescentes, observado o disposto na Resolução CNJ n 295/2019. Posteriormente, pela Resolução nº 317, de 30.4.2020, foram também incluídos processos relacionados a benefícios previdenciários por incapacidade e assistenciais de prestação continuada.

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

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

Embora em grande medida, como indicado acima, os serviços forenses na maior parte dos tribunais do Brasil já estivessem amplamente informatizados, com a quase totalidade dos processos judiciais digitalizados, tramitando em

formato eletrônico, muitos atos processuais por suas próprias características, como as audiências de instrução e julgamento ou — com ainda mais razão — das audiências de custódia e dos julgamentos pelo Tribunal do Júri, continuavam sendo ordinariamente realizados presencialmente. Porém, com a suspensão de atividades presenciais decorrente da eclosão da pandemia, essas audiências presenciais foram inicialmente suspensas. Assim, para permitir a observância do princípio da continuidade da prestação jurisdicional (art. 93, XII, da Constituição Federal), o CNJ, através da Resolução n.º 329, de 30 de julho de 2020, definiu regras autorizando e regulamentando a realização das audiências judiciais e outros atos processuais, de modo remoto, por videoconferência³⁴. De qualquer sorte, parece inequívoco que essa possibilidade/autorização para realização de audiências e sessões de julgamento por videoconferência nos tribunais consiste em solução paliativa que não é capaz de substituir de modo pleno o encontro e contato presencial do(s) julgador com as partes, seus patronos e eventuais testemunhas. Daí que é necessário admitir que a suspensão das atividades presenciais devido à pandemia de Covid-19 apresenta vários impactos que são prejudiciais, de algum modo, os serviços de prestação jurisdicional.

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

³⁴ No que se refere especificamente às audiências de custódia, cuja realização — pela própria especificidade desse importante mecanismo de controle da legalidade das prisões pré-processuais — deveria ocorrer sempre presencialmente, o Art. 19 da Resolução n.º 329/2020, do CNJ, vedou expressamente sua realização por videoconferência. Mas, em 24/11/2020, o Conselho aprovou um Ato Normativo admitindo eventual realização de audiência de custódia por videoconferência, embora em caráter excepcional, no período de subsistência da pandemia de Covid-19.

Não se pode desconsiderar que, nos últimos anos, verificou-se um grande esforço no sentido de melhor aparelhamento da infraestrutura das Defensorias Públicas no que se refere aos equipamentos e redes de informática, ao aprimoramento dos programas e sistemas de comunicação e de processamento de dados e à capacitação dos recursos humanos, inclusive dos defensores públicos, para melhor aproveitamento e utilização das novas tecnologias no desempenho de suas atividades³⁵; porém, a situação ainda estava muito longe do desejável. Paralelamente, mesmo que essa não fosse a realidade e que o estágio de desenvolvimento tecnológico das Defensorias estivesse mais avançado, há que se ter presente que o público-alvo prioritário da instituição consiste exatamente nas pessoas que enfrentam as maiores dificuldades para ter acesso às tecnologias e aos meios mais sofisticados de comunicação. São aqueles que se costuma designar de “excluídos digitais” ou “vulneráveis digitais” ou, ainda “vulneráveis tecnológicos”³⁶, não apenas por força das limitações socioeconômico-financeiras, mas também pela insuficiência do nível educativo-instrucional ou pelas barreiras de índole generacional.

Assim, há que se reconhecer que embora meritórios os esforços feitos para assegurar, com a maior agilidade possível, a migração para o regime de atendimento remoto, com utilização de recursos tecnológicos, o que de certo modo evitou a total solução de continuidade na prestação dos serviços de assistência jurídica gratuita, parece inequívoco que a nova sistemática de atendimento não foi capaz de suprir as dificuldades de acesso aos serviços da Defensoria Pública que já eram enfrentadas pelas populações mais vulneráveis no plano socioeconômico e cultural, e se agravaram, notadamente no que se refere aos “excluídos digitais”. Por esse motivo, muitas foram as vozes que se levantaram criticando as decisões tomadas pelos dirigentes da Defensoria Pública no início da pandemia, de suspensão total dos atendimentos presenciais. Dentre tais vozes,

³⁵ Para exemplificar o que aqui se afirma, pode-se tomar como referência uma iniciativa da Defensoria Pública fluminense, em parceria com a Universidade Federal do Rio de Janeiro (Coppe-UFRJ), ou seja, o, assim denominado, *Sistema Verde* (para mais informações, ver detalhamentos no “manual do usuário” disponível em: <<https://verde.rj.def.br/verde/pages/pauta/pauta.xhtml>>), que começou a ser desenvolvido no ano de 2016, sendo que em 2020, diante dos desafios suscitados pela pandemia de Covid-19, foi lançado o aplicativo *Defensoria RJ*, disponibilizado gratuitamente aos cidadãos nas lojas virtuais de aplicativos. Para mais informações sobre os potenciais impactos das novas tecnologias nos serviços da Defensoria Pública recomenda-se a leitura, dentre outros, dos seguintes trabalhos: SOUSA, José A. G.; PACHECO, Rodrigo B.. Os impactos da revolução tecnológica sobre a Defensoria Pública: breve estudo à luz das “ondas” renovatórias da instituição. In: MAIA, Maurílio Casas (org.). *Defensoria Pública, democracia e processo II*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

³⁶ GONÇALVES FILHO, Edilson S.. Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. In: *ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital>>. Acesso em: 30 jan. 2021.

pode ser mencionada a fala da pesquisadora Gabriela Lotta, da FGV-SP, que em entrevista concedida à Agência Brasil, assim se pronunciou a respeito da decisão de suspensão dos atendimentos presenciais na Defensoria quando da eclosão da Pandemia de Covid-19:

“[A Defensoria Pública] é um serviço que foi decidido que não se mantivesse face a face. Diferentemente de várias áreas de assistência, da própria saúde, em que os profissionais continuaram atuando na face-a-face com os cidadãos. O trabalho da Defensoria Pública é um trabalho que virou, em grande medida, *home office*... **Um trabalho que vira *home office* para uma população vulnerável significa deixar o ônus para essa população. Ao mesmo tempo que os profissionais estão protegidos, não estão colocando a saúde deles em risco, isso gera um conjunto de ônus para a própria população que não consegue ter acesso a um serviço virtualizado, digitalizado.**”³⁷
(AGÊNCIA BRASIL, 2019, s/p., grifos nossos).

Essas críticas se basearam exatamente no entendimento de que a assistência jurídica gratuita tem caráter de serviço público de natureza essencial, tal como a saúde e a segurança pública, cuja prestação não pode ocorrer apenas “à distância”, por via remota, como de fato se deu em muitos órgãos da Defensoria Pública, principalmente na fase inicial da pandemia. Com efeito, parece inequívoco que os serviços de acesso à justiça — não só o regular funcionamento dos órgãos jurisdicionais, mas também das funções consideradas essenciais à Justiça, como no caso da Defensoria Pública — devem ser reconhecidos, como indicado na própria expressão do texto constitucional, como serviços *essenciais*. Por isso, consideramos corretas essas críticas relativamente a medidas que determinaram a suspensão total das atividades presenciais, tanto nos Fóruns judiciais quanto nas Defensorias Públicas. O argumento de que era necessário proteger a saúde e até a vida dos profissionais das carreiras jurídicas e auxiliares não nos parece suficiente para justificar tais medidas. A exposição ao risco é um ônus inerente à opção por determinadas carreiras e serviços públicos³⁸, como a atividade dos juízes e dos defensores públicos. Do mesmo modo que um médico ou enfermeiro

³⁷ Entrevista disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-08/pandemia-afastou-vulneraveis-do-acesso-justica-revela-pesquisa>>, publicada em 04/08/2020. Acesso em: 10 fev. 2021.

³⁸ Para um estudo mais amplo sobre essa questão do importante papel que deve ser desempenhado por certas carreiras e serviços públicos que atuam na “linha de frente”, diretamente junto aos cidadãos, recomenda-se fortemente a leitura da importante obra “Burocracia em nível de rua: dilemas do indivíduo nos serviços públicos”, do professor Michael Lipsky. Para *download* gratuito da versão em português, publicada em 2019: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4158/1/Burocracia%20de%20n%c3%advel%20de%20rua_Michael%20Lipsky.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021.

não pode se recusar trabalhar num hospital sob o argumento de que teme ser contaminado por alguma doença, ou que um policial não pode se recusar a realizar uma atividade de patrulhamento sob o argumento de que teme ser vítima de um ataque de um criminoso, também os defensores públicos não poderiam recusar-se a permanecer “na linha de frente” do atendimento presencial, muitas vezes indispensável aos destinatários de seus serviços, sob a justificativa de que precisavam proteger a sua saúde ou segurança. O que parece plausível seria apenas que se garantisse a disponibilidade de equipamentos básicos de proteção sanitária, conforme protocolos de segurança sanitária cientificamente recomendados e definidos pelas autoridades públicas competentes. E, munidos desses equipamentos, permanecer na “linha de frente”, mantendo abertas as unidades da Defensoria Pública para atendimento dos destinatários que fazem jus ao serviço estatal *essencial* de assistência jurídica integral e gratuita.

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

De qualquer sorte, embora no que se refere ao atendimento de casos de natureza individual a adoção do modelo de atendimento remoto e a implantação do regime de teletrabalho tenha suscitado críticas e controvérsias, o fato é que na perspectiva transindividual e na busca de mecanismos de cunho preventivo, não só judicialmente, mas também extrajudicialmente, cabe reconhecer que as Defensorias Públicas brasileiras tem realizado um notável trabalho, desde o

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

Nesse trabalho³⁹, os autores enumeram o ajuizamento de várias ações de *habeas corpus* coletivos,⁴⁰ no Superior Tribunal de Justiça, por defensores públicos além de outras providências administrativas junto ao CNJ, pugnando por medidas de tutela de direitos de pessoas privadas da liberdade, com o objetivo de contribuir para evitar a proliferação da pandemia no ambiente carcerário. Na seara cível, foram elencadas atuações coletivas diversas destinadas à reivindicação de direitos e proteção dos interesses de vários grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade. Segundo dados levantados pelos autores junto à Assessoria de Comunicação da Defensoria Pública da União, foram ajuizadas ações coletivas, dentre outras, relativas a temas como: a necessidade de fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) aos profissionais de saúde atuantes no SUS, incremento das equipes médicas e expansão dos leitos de UTI; a disponibilização de leitos e reforço da estrutura hospitalar para atendimento da população, em especial a que se compõe de etnias indígenas; o acolhimento de pessoas em situação de rua em equipamentos públicos, assim como a adoção de políticas públicas específicas para este público durante a pandemia e seu acesso ao auxílio emergencial etc. Outrossim, em todo o país, foram ajuizadas

³⁹ GONÇALVES FILHO, Edilson; ROCHA, Jorge B.; MAIA, Maurílio C.. Defensoria Pública e acesso à justiça na pandemia do coronavírus. In: TARTUCE, Fernanda; DIAS, Luciano S. (coord.). *Coronavírus; direitos dos cidadãos e acesso à justiça*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

⁴⁰ De se notar que, formalmente, não existe previsão na legislação brasileira prevendo a figura do *habeas corpus* coletivo, embora na doutrina se sustente a tese pela sua admissibilidade (Ver: ROCHA, Jorge B.. *Habeas Corpus* coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista. In: *Conjur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>>). Porém, no contexto da pandemia de Covid-19, várias Defensorias Públicas pelo país afora impetraram ações de *habeas corpus* coletivo, buscando obter a liberação do cárcere em favor de pessoas privadas da liberdade, com o propósito de resguardar sua saúde e vida, e evitar a disseminação do coronavírus no ambiente prisional. Dentre o público-alvo para o pretendido benefício pode-se mencionar presos por dívida de alimentos, pessoas encarceradas que sejam pais ou responsáveis pelos cuidados de crianças menores de 12 anos ou com deficiência, presos idosos ou integrantes do grupo de risco da Covid-19 no país, que praticaram crimes sem violência e estivessem detidos em estabelecimentos superlotados. Apesar disso, porém, nem sempre essas postulações tiveram boa receptividade no Judiciário, como analisado no trabalho de Carolina Costa Ferreira. (FERREIRA, Carolina Costa. Encarceramento em massa e pandemia: limites das respostas processuais coletivas. In: MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Covid-19 e o Direito Brasileiro – mudanças e impactos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. Disponível para download gratuito em: <https://editorial.tirant.com/free_ebooks/9786586093971.pdf>. Acesso em: 15 def. 2021.)

ações, enviadas recomendações, expedidos ofícios e adotadas medidas variadas — como por exemplo — com o propósito de que a Caixa Econômica Federal tomasse providências para reduzir as filas e aglomerações em frente às agências em razão do pagamento do benefício do auxílio emergencial, assim como para facilitar o acesso aos que dele necessitam. Foram também relatadas por esses autores medidas destinadas à tutela de direitos de migrantes, com relação aos quais as principais atuações coletivas teriam se dado no sentido de garantir direitos previstos na Constituição Federal, como acesso ao sistema de saúde e a benefícios assistenciais. Houve, ainda, recomendações e — quando necessário — ajuizamento de ação pugnando pela distribuição de alimentos adquiridos para a merenda escolar diretamente para os pais ou responsáveis pelos estudantes durante o período da pandemia do coronavírus. Na maioria das Defensorias Públicas Estaduais também foram ajuizadas ações coletivas sobre assuntos correlatos, cabendo destacar atuações extrajudiciais no âmbito dos Parlamentos Estaduais com sugestão de projetos de leis diversos voltados para proteção dos interesses e direitos do público-alvo dos serviços da instituição em razão dos efeitos da pandemia de Covid-19⁴¹.

4. Reflexões sobre os efeitos da pandemia do Covid-19 no presente e no futuro da atuação da Defensoria Pública

Antes mesmo da eclosão da pandemia da Covid-19, já se verificava em muitos países a crescente utilização de recursos tecnológicos para facilitar e agilizar os serviços públicos e privados relacionados ao acesso à justiça e à assistência jurídica. Essa realidade também já se fazia presente no Brasil. No âmbito do Judiciário, na última década verificou-se uma ampla expansão da “informatização judicial”, alavancada pela aprovação da Lei 11.419/2006, conhecida como “Lei do Processo Eletrônico”⁴².

Esse processo de informatização e de incorporação de recursos tecnológicos e comunicacionais, embora não tenha se verificado ainda de forma tão ampla e

⁴¹ A título de exemplo, ver: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-18/alerj-aprova-lei-coibe-corte-servicos-aumento-precos>>; <<https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/sancionada-a-lei-que-proibe-aumento-de-precos-durante-a-pandemia-proposta-foi-sugerida-pela-defensoria/>>; e <<https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/coronavirus-proposta-de-projeto-de-lei-que- protege-consumidores-e-apresentada-a-assembleia-legislativa-pela-defensoria/>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁴² Para um estudo mais sistemático acerca da informatização judicial no Brasil e do processo judicial eletrônico, recomenda-se o livro “Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico – a informatização judicial no Brasil”, de autoria do saudoso professor petropolitano José Carlos de Araújo Almeida Filho (meu colega de graduação na UCP e de magistério na UFF), cuja 3ª edição foi publicada em 2010 pela Editora Forense do Rio de Janeiro.

profunda como ocorrido no Judiciário, já vinha também avançando no âmbito das Defensorias Públicas⁴³, conforme destacado por Franklyn Roger Alves Silva, em artigo publicado no ano de 2019:

Várias Defensorias Públicas estaduais e a própria Defensoria Pública da União têm se utilizado da tecnologia da informação como forma de potencializar a prestação da assistência jurídica e facilitar o acesso de seus usuários. Desde uma maior interação em redes sociais com o exercício de um papel de educação em direitos; o uso de plataformas de comunicação digital (*WhatsApp*, *Facebook* e *e-mail*) para minorar as dificuldades da comunicação por carta e acelerar a transmissão da informação; o uso de sistemas de gerenciamento de informações para construção de bancos de dados no âmbito da instituição; além do uso de centrais telefônicas e outros canais para dúvidas, tudo feito como forma de ampliar o acesso aos serviços institucionais. (SILVA, 2019).⁴⁴

Todavia, como bem destacado pelo mesmo autor, devido a inúmeras deficiências de infraestrutura por ele apontadas e, agregamos nós, pela existência de profundas limitações orçamentárias e financeiras das próprias Defensorias além de enormes dificuldades enfrentadas pelos cidadãos destinatários dos seus serviços para acesso a equipamentos e recursos tecnológicos adequados, o cenário não era muito promissor para o futuro próximo: ao invés de facilitar o acesso à justiça a tecnologia da informação poderia configurar um verdadeiro obstáculo. Entretanto, como já visto, com a eclosão da pandemia do Covid-19 e adoção do regime de trabalho remoto imposto pela necessidade de isolamento e distanciamento social, entendeu-se que não havia alternativa capaz de assegurar a continuidade dos serviços de assistência jurídica gratuita a cargo das Defensorias Públicas senão “ativando e intensificando o uso de canais virtuais, como, por exemplo, comunicação por aplicativos de mensagens instantâneas, formulários digitais, *e-mail*, *chatbot*, ligações telefônicas, videoconferências etc.”⁴⁵

⁴³ Conforme já mencionado em nota anterior, para uma visão geral sobre os impactos da revolução tecnológica sobre a Defensoria Pública e suas potencialidades, recomenda-se a leitura de artigo recém-publicado, de autoria de José Augusto Garcia de Sousa e Rodrigo Baptista Pacheco, cujo título é “Os impactos da revolução tecnológica sobre a Defensoria Pública: breve estudo à luz das ‘ondas’ renovatórias da instituição”. Cabe ainda indicar o livro “Defensoria Pública e o futuro: *accountability*, matriz *Swot*, IA e os robôs”, de autoria de José Roberto Oliveira de Paula Machado.

⁴⁴ SILVA, Franklyn R. A. Tecnologia da informação como recurso ou obstáculo ao acesso à Justiça. In: *ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-07/tribuna-defensoria-tecnologia-informacao-recurso-ou-barreira-acesso-justica>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁴⁵ GONÇALVES FILHO, Edilson S.; LEITÃO, Raíssa V.; SOARES, Vitor V. R.. Defensoria Pública e o paradoxo criado pelas novas formas de atendimento: adaptação institucional aos novos paradigmas tecnológicos e promoção da inclusão digital. In: *ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-09/tribuna-defensoria-paradoxo-criado-pelas-novas-formas-atendimento>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

Parece, então, inequívoco que a pandemia de Covid-19 teve dentre seus efeitos positivos o de acelerar sobremaneira o aprimoramento e inovação no emprego de recursos tecnológicos e comunicacionais na prestação da assistência jurídica gratuita, a cargo da Defensoria Pública. Dentre os exemplos pode ser mencionado o lançamento, em outubro de 2020, do aplicativo *Defensoria RJ*, disponibilizado gratuitamente aos cidadãos nas lojas virtuais de aplicativos. Esse aplicativo — o qual é parte do “Sistema Facilitador VERDE”, *software* criado por técnicos da COPPE/UFRJ, cuja finalidade é oferecer à Defensoria ferramentas de informática capazes de integrar rotinas e procedimentos facilitadores das atividades e serviços prestados pela instituição, conforme já acima mencionado neste trabalho — tem se revelado uma importante ferramenta tecnológica, na medida em que facilita a interação entre os usuários e a Defensoria permitindo realizar agendamento de atendimentos remotos e presenciais; encaminhamento de documentações; consulta, remarcação e cancelamento de agendamentos; além de acompanhamento e informações sobre processos, intimações e ações ajuizadas. Vislumbra-se para o futuro muitas outras possibilidades⁴⁶ como desdobramento e aprimoramento do Sistema Facilitador Verde, agregando-se o uso de mecanismos de inteligência artificial, a implementação de plataformas interativas (na linha dos sistemas de *on-line dispute resolution*) que — em questões menos complexas — possam até mesmo permitir ao próprio usuário que gere/obtenha documentos/requerimentos eventualmente necessários para o exercício de seus direitos e que consigam resolver de modo autônomo eventuais problemas mais simples do cotidiano.

De qualquer sorte, como destacado no tópico anterior, também é preciso reconhecer que foram gigantescas as dificuldades encontradas para se viabilizar a migração dos serviços e atendimentos prestados pela Defensoria Pública do modelo presencial para o modelo à distância, por via remota, em decorrência da pandemia de Covid-19. E, conforme tem sido constatado, esse novo formato tem causado impactos tanto de cunho positivo quanto negativo na efetividade dos serviços. Trata-se de um paradoxo que foi objeto de análise em recente

⁴⁶ As potencialidades e utilidades do Sistema Verde não se restringem à facilitação da atividade “fim” da Defensoria Pública, mas também à sistematização de dados de grande importância no aspecto organizacional e gerencial da instituição. Assim, cabe citar o *Verde em Dados*, uma ferramenta de *business intelligence* que permite a geração de relatórios a partir dos dados disponibilizados na plataforma. Tais relatórios são exibidos em painéis de controle informativos, que podem ser modificados para cruzar informações através de filtros. Essa ferramenta é uma forma de valorizar a transparência da instituição, facilitando o acesso a dados estatísticos atualizados, inclusive com visualização através de gráficos, que permitem maior transparências às atividades realizadas pelos órgãos da Defensoria. Para maior detalhamento, ver: <https://defensoria.rj.def.br/Institucional/verde-em-dados>. Acesso em: 13 fev. 2021.

artigo publicado na “Tribuna da Defensoria Pública” — coluna semanal da revista eletrônica *Conjur*, que trata de questões relacionadas à atividade defensorial⁴⁷. Como bem salientado no texto em tela, “um dos maiores desafios da Instituição no contexto do uso de novas tecnologias estará relacionado à exclusão tecnológica/digital, tendo em vista que esta faz emergir mais uma barreira a ser enfrentada tanto pela pessoa assistida quanto pelas defensoras e defensores públicos: a vulnerabilidade digital”. E, prosseguindo nessa análise, os autores do artigo argumentam que “as novas tecnologias apresentam um *paradoxo*: ao tempo em que podem potencializar o acesso à justiça, também são capazes de criar obstáculos, afetando a capacidade pessoal de acessá-la.” Assim, em que pese a necessidade de se atentar para as limitações e barreiras que surgem nesse cenário, não se pode também deixar de reconhecer as virtudes e benefícios⁴⁸ que o uso da tecnologia pode propiciar. Esse será, certamente, um bom legado que poderá ficar, após o fim da pandemia de Covid-19⁴⁹.

Assim, tomando como base ainda os dados apontados no trabalho acima referido, pelo país afora foram registrados números expressivos e, de certo modo, surpreendentes, no que se refere ao quantitativo de atos processuais e de atendimentos realizados à distância, nos períodos em que os serviços presenciais ficaram praticamente suspensos devido às determinações de isolamento social para contenção da Covid-19. Em muitos casos, conforme tem sido relatado por defensores públicos de todo o país, nota-se que muitas pessoas que eram destinatárias dos serviços de assistência jurídica gratuita, mas que normalmente por circunstâncias diversas acabavam não tendo acesso à Defensoria Pública passaram a fazê-lo. Com efeito, no modelo “tradicional” de atendimento presencial, que era predominante até então (ou, na maioria das vezes, era o modelo exclusivo adotado), a necessidade de deslocamento por longos percursos (sobretudo para

⁴⁷ *Idem. Ibidem.*

⁴⁸ No mesmo artigo cuja referência completa está na nota 43 *supra*, os autores elencam vários exemplos positivos de situações em que a utilização dos recursos tecnológicos, com a possibilidade de atuação de forma remota, pode potencializar a máxima efetividade do direito à assistência jurídica: permite a prática de atos processuais urgentes a qualquer momento e de qualquer local, sem perda de tempo com deslocamento física, inclusive diminuindo o tempo de resposta. Isso pode representar maior quantidade de “tempo líquido” de dedicação à atividade institucional, suprimindo o tempo desperdiçado – especialmente em razão do tráfego congestionado de veículos nas grandes cidades – com o deslocamento até as sedes operacionais da instituição ou aos locais de realização de audiências e reuniões.

⁴⁹ Para uma reflexão acerca dessa correlação entre a pandemia de Covid-19 e seu impacto no que se refere ao uso das tecnologias no campo do acesso à justiça, recomendamos a leitura do artigo de autoria do professor Roger Smith, um dos mais qualificados especialistas mundiais nessa temática, que corresponde a transcrição de palestra por ele proferida no II Seminário de Tecnologia e Defensoria, no dia 14 de outubro de 2020, promovido pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro. (SMITH, Roger. Covid-19, tecnologia e acesso à justiça. Tradução: Cleber Francisco Alves e Anna Carolina Mendes da Silva. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro*, ano 29, n. 30, 2020.)

peças que residem em locais remotos, da zona rural, em municípios de vasta extensão) entre a residência do usuário e o local de atendimento implicava em dispêndio de tempo (além de gastos com transporte!) que nem sempre era disponível, especialmente porque normalmente o horário de funcionamento das Defensorias coincidia com o horário de trabalho dos usuários. A possibilidade de atendimento por telefone, por correspondência eletrônica (*e-mail*), ou — sobretudo — pelo tão disseminado aplicativo *WhatsApp*⁵⁰ tem facilitado sobremaneira a acessibilidade de um número considerável de pessoas que possuem acesso relativamente fácil às tecnologias da informação e comunicação e que, antes, talvez não conseguissem utilizar os serviços da Defensoria Pública devido a barreiras burocráticas e operacionais do modelo muitas vezes anacrônico então adotado, muitas vezes concebido à luz das perspectivas e conveniências dos prestadores dos serviços e não dos seus destinatários⁵¹.

Tudo indica que — passada a pandemia — não se retornará ao velho (e, como nos parece agora, em muitas situações, obsoleto) “normal” no funcionamento dos serviços da Defensoria Pública. A probabilidade é que teremos uma versão *híbrida* na prestação dos serviços de assistência jurídica gratuita no pós-Covid-19, empregando-se aqui uma expressão usada pelo defensor público José Alberto Oliveira de Paula Machado⁵². De acordo com esse autor,

a pandemia nos faz rememorar que a Defensoria Pública deve ser sempre a instituição das reinvenções. Urge a criação de um novo ecossistema de acesso à Justiça e prestação de serviço tanto para aqueles que estão em vulnerabilidade tecnológica quanto para a maioria que já usufrui das TICs (tecnologias da informação e comunicação). Um serviço público que reflita a dignidade das individualidades deve ser sempre o “normal” (MACHADO, 2021).

⁵⁰ Dentre várias iniciativas que poderiam ser aqui mencionadas, na dificuldade de completo levantamento das criativas e inovadoras experiências positivas verificadas no contexto da pandemia, citamos um projeto levado a efeito no interior da Bahia, em que o Centro de Mediação e Conciliação da Defensoria Pública na cidade de Vitória da Conquista, naquele Estado, logrou êxito em obter solução extrajudicial consensual, de modo remoto, utilizando-se da ferramenta *WhatsApp Business*, em expressivo número de casos. Ver: <<https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/coronavirus-com-trabalho-remoto-defensoria-firmou-75-dos-acordos-de-mediacao-por-aplicativo-de-mensagem-em-vitoria-da-conquista/>> Acesso em: 12 fev. 2021.

⁵¹ Para um aprofundamento sobre essa delicada e complexa questão acerca da priorização dos interesses dos clientes em contraste com os interesses da estrutura burocrática nos modelos organizacionais dos serviços públicos, sugere-se consulta às interessantes reflexões do autor Michael Lipsky, no seu livro *“Burocracia em nível de rua: dilemas do indivíduo nos serviços públicos”*, já referido em nota de rodapé anterior. Igualmente, para uma visão específica do serviço defensorial, devem ser lembradas as oportunas e pertinentes reflexões e propostas que constam da obra de autoria do defensor público Adolfo Filgueiras Etienne: *“Defensoria Pública: excelência no atendimento e nas postulações judiciais”*, publicada em 2018 pela Editora CEI, de Belo Horizonte; e *“Defensoria Pública e gestão”*, cuja 2ª edição foi publicada em 2019 pela Editora Lumen Juris, do Rio de Janeiro.

⁵² MACHADO, José A. O. de P.. Seja bem-vinda a versão híbrida da Defensoria Pública pós-Covid-19. In: *ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/tribuna-defensoria-seja-bem-vinda-versao-hibrida-defensoria-publica-pos-covid-19>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

De qualquer sorte, é importante ressaltar que a adoção desse modelo híbrido se justifica pelo fato de que muitos dos usuários da Defensoria Pública, sobretudo aqueles que não possuem ou não conseguem utilizar os recursos tecnológicos e comunicacionais, continuarão necessitando do atendimento presencial. Inclusive, parte considerável dos destinatários da Defensoria Pública será somente alcançada se adotada uma postura proativa, utilizando-se procedimentos de “busca ativa” (ou *outreach*, para usar a consagrada expressão em idioma inglês⁵³), em que o defensor público precisa sair de seu Gabinete para ir ao encontro dos cidadãos hiper vulnerabilizados que muitas vezes sequer tem consciência de que tem direitos a serem reivindicados e efetivados, como ocorre, por exemplo, com a população em situação de rua.

Uma última consideração que deve ser feita quanto a possível efeito nefasto decorrente da pandemia de Covid-19 relativamente ao serviço de assistência jurídica gratuita prestado pela Defensoria Pública decorre da provável situação de crise de índole orçamentário-financeira que deverá ser enfrentada nos próximos anos. A redução das receitas públicas e o aumento das despesas para fazer face ao enfrentamento da pandemia vão agravar a situação do déficit fiscal, tornando muito mais difícil o cumprimento das determinações emanadas da Emenda Constitucional 80/2014, que determinava o prazo de 08 (oito) anos, ou seja, até, 2022, para a implantação de órgãos da Defensoria Pública em todas as unidades territoriais jurisdicionais onde a instituição ainda não está presente. O cumprimento da Emenda Constitucional depende necessariamente da ampliação — não apenas em termos absolutos mas também proporcionais — das verbas orçamentárias atribuídas pelos Poderes Legislativos (Federal e Estaduais) às Defensorias Públicas, sendo necessário para viabilização de medidas e projetos destinados à expansão de sua cobertura territorial e do alcance da prestação de serviços para maiores parcelas do público alvo que legal e constitucionalmente deveriam ter direito à assistência jurídica integral e gratuita a ser prestada pelo poder público.

Mas isso não é totalmente impossível: depende de vontade política e da consciência de que — no contexto intra e pós-pandemia — deveriam ser reconhecidas como ainda mais prioritárias as ações e políticas públicas estatais

⁵³ Para uma reflexão inicial a respeito da importância de iniciativas de “busca ativa”, tão pouco debatidas e difundidas no meio jurídico brasileiro, especialmente pelas Defensorias Públicas, nas quais isso precisaria ser mais estudado, recomenda-se a leitura do artigo *Outreach legal services to people with complex needs: what works?*, de autoria de Suzie Forell e Abigail Gray. In: *Justice Issues*, n. 12, oct. 2009. Disponível para download em: <[http://www.lawfoundation.net.au/ljf/site/articleIDs/69EBF819BDD1BB8BCA25766A0082208C/\\$file/J112_Complex_Needs_web.pdf](http://www.lawfoundation.net.au/ljf/site/articleIDs/69EBF819BDD1BB8BCA25766A0082208C/$file/J112_Complex_Needs_web.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2020.

voltadas para a proteção dos interesses dos mais frágeis. Com efeito, “não podemos deixar ninguém para trás”⁵⁴, consoante expressamente afirmado pelo segundo “princípio universal” estabelecido na *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* proposta pela Organização das Nações Unidas... Um exemplo animador nesse sentido, que pode aqui ser mencionado, é o da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, unidade federativa que notoriamente enfrenta um dramático quadro de austeridade orçamentária e financeira, com reiterados déficits fiscais nos últimos anos. Apesar desse cenário desfavorável, de modo contínuo e progressivo, ao longo dos últimos anos, tem se obtido êxito em reverter um quadro lamentável que havia se verificado no passado recente de decréscimo (proporcionalmente às demais funções essenciais e entidades autônomas) do orçamento da Defensoria Pública.

Nos últimos cinco anos, o Poder Legislativo Fluminense, em sintonia com o Poder Executivo, por proposta da Administração Superior da Defensoria Pública, vem aprovando uma progressiva “recomposição” orçamentária da DPGE-RJ, assegurando-lhe fatias percentuais sucessivamente crescentes em comparação com o que é destinado aos demais Poderes e entidades estatais autônomas equivalentes⁵⁵. Isso tem permitido não só a manutenção dos serviços da assistência jurídica, mas até mesmo um certo aprimoramento e melhoria nas condições de seu funcionamento e a implementação de novos projetos de atuação, resultando em inequívoco benefício para os destinatários do serviço. Esse processo de recuperação orçamentária — mesmo em tempos de austeridade — traduz uma vontade política de índole suprapartidária, em que os Deputados Estaduais e o Governador do Estado têm reconhecido a importância do serviço prestado pela Defensoria Pública. Para o ano de 2021, por exemplo, a Lei Orçamentária Anual do Estado do Rio de Janeiro autorizou um aumento de quase 40% na dotação orçamentária relativa ao “custeio” (em que, deve ser ressaltado, não se incluem as despesas com remuneração de pessoal) dos serviços da Defensoria Pública, o que se traduz num fato notável, de grande importância diante dos

⁵⁴ *“Leave no one behind (LNOB) is the central, transformative promise of the 2030 Agenda for Sustainable Development and its Sustainable Development Goals (SDGs). It represents the unequivocal commitment of all UN Member States to eradicate poverty in all its forms, end discrimination and exclusion, and reduce the inequalities and vulnerabilities that leave people behind and undermine the potential of individuals and of humanity as a whole.”*. Disponível em: <<https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/leave-no-one-behind>>. Acesso em: 8 fev. 2021.

⁵⁵ O detalhamento dessa trajetória de fortalecimento e recuperação orçamentária pode ser verificando no “Portal da Transparência”, da DPGE-RJ, no qual constam todos os dados institucionais, cabendo destacar que já no primeiro ano da sequência acima mencionada (de 2015 para 2016) o orçamento da Defensoria foi aprovado com um aumento de 16% em comparação com o ano anterior. Ver: <<https://transparencia.rj.def.br/execucao-orcamentaria/index>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

desafios a serem enfrentados em decorrência da pandemia da Covid-19. Essas conquistas somente estão sendo alcançadas graças à habilidade das lideranças da Defensoria Pública, seja pela credibilidade dos integrantes da sua Administração Superior, e dos dirigentes da entidade de representação classista, assim como pelo reconhecimento da seriedade e importância dos próprios serviços prestados pelos integrantes da instituição na “linha de frente”, junto aos cidadãos, nos diversos bairros e municípios do Estado.

5. Considerações finais

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

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

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

Estratégias e práticas inovadoras de sucesso adotadas durante a crise devem ser fomentadas e aprimoradas. Aperfeiçoar as boas práticas experimentadas nesse período particularmente desafiador e assegurar meios para permitir seu uso continuado pode ajudar a superar algumas das barreiras sistêmicas que as

pessoas enfrentam no acesso aos direitos e à justiça. O estímulo à inovação tem suscitado oportunidades de reformulações e investimentos em novas maneiras de tornar o serviço de assistência jurídica mais acessível e “responsivo” às necessidades dos usuários.

É bem provável que o regime de teletrabalho seja mantido em significativa proporção nos diversos serviços e atividades em que sua eficácia tenha se revelado como positiva, rompendo-se um certo preconceito que ainda existia, no sentido de que essa modalidade de atuação seria menos produtiva do que a presencial. Isso implicará certamente na adoção de modelos híbridos de funcionamento de órgãos públicos — como, por exemplo, nos Tribunais e órgãos judiciários em geral, inclusive nas Defensorias Públicas — o que pode facilitar a atuação dos diversos profissionais e servidores, evitando deslocamento e perda de tempo como ocorre, por exemplo, em casos de realização de sustentação oral em sessões de julgamento, quando muitas vezes o profissional tem que permanecer a tarde inteira à disposição, enquanto se feita remotamente, pode continuar “trabalhando” no escritório e interromper apenas no momento exato em que tenha que falar; essa possibilidade pode ser vantajosa em vários aspectos, com otimização de tempo, superação de barreiras geográficas, redução de custos, etc. Do mesmo modo, semelhantes vantagens e benefícios poderão ser auferidos pelos próprios destinatários dos respectivos serviços.

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

Também na seara do acesso à justiça e, sobretudo da assistência jurídica gratuita, o modelo estatal de Defensoria Pública adotado pelo Brasil, a despeito de possíveis deficiências, tem se revelado capaz de assegurar — não apenas no aspecto da tutela dos interesses individuais, mas, sobretudo, de iniciativas e estratégias

coletivas, com monitoramento e fiscalização de políticas públicas respectivas – a continuidade dos serviços necessários para promover o acesso aos direitos e à Justiça por parte dos destinatários de seus serviços. Isso certamente seria mais difícil de se alcançar caso o modelo adotado fosse o de advogados particulares atuando de modo avulso e sem uma articulação e infraestrutura organizacional e institucional para lhes dar o necessário suporte para esse desempenho. Assim, a despeito do cenário de restrições orçamentário-financeiras, é de grande importância fortalecer e aprimorar serviços públicos estatais como o prestado pela Defensoria Pública brasileira.

6. Referências

ALMEIDA FILHO, José C. de A.. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico; a informatização judicial no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2010.

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

ALVES, Cleber F.; GONZÁLEZ, Pedro. *Defensoria Pública no século XXI; novos horizontes e desafios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CRUZ, Paulo M.. *Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI*. Itajaí/SC: Univali, 2014.

CRUZ, Paulo M.; BODNAR, Zenildo. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Itajaí/SC: Univali, 2012.

ESTEVES, Diogo; ALVES, Cleber F.; SILVA, Franklyn R. A.; AZEVEDO, Júlio C.. Acesso à Justiça em tempos de pandemia: o impacto global do Covid-19 nas instituições político-jurídicas. *Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Niterói, v. 22, n. 2, ago./dez. 2020.

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

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

FERRARI, Andrés F.; CUNHA, André M.. *A pandemia de Covid-19 e o isolamento social: saúde versus economia*. UFRGS, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/artigo-a-pandemia-de-covid-19-e-o-isolamento-social-saude-versus-economia/>> Acesso em: 9 fev. 2021.

FERREIRA, Carolina C.. Encarceramento em massa e pandemia: limites das respostas processuais coletivas. In: MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JUNIOR, Marco A.. *Covid-19 e o direito brasileiro; mudanças e impactos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. Disponível para download gratuito em: <https://editorial.tirant.com/free_ebooks/9786586093971.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

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

GARCIA, Marcos L. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo M.; STELZER, Joana (org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

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

GONÇALVES FILHO, Edilson S.; LEITÃO, Raíssa V.; SOARES, Vitor V. R.. Defensoria Pública e o paradoxo criado pelas novas formas de atendimento: adaptação institucional aos novos paradigmas tecnológicos e promoção da inclusão digital. In: *ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. São Paulo, 9 fev. 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-09/tribuna-defensoria-paradoxo-criado-pelas-novas-formas-atendimento>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

GONÇALVES FILHO, Edilson; ROCHA, Jorge B.; MAIA, Maurílio C.. Defensoria Pública e acesso à justiça na pandemia do coronavírus. In: TARTUCE, Fernanda; DIAS, Luciano Souto (coord.). *Coronavírus; direitos dos cidadãos e acesso à justiça*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

GREER, Scott L.; KING, Elizabeth J.; PERALTA-SANTOS, André; FONSECA, Elize Massard da (ed.). *Coronavirus politics; the comparative politics and policy of Covid-19*. Michigan: University of Michigan Press, 2021.

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

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

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

LYRA, Aline; SOARES, Antônio J. G.. Reflexões acerca da educação domiciliar e da desescolarização a partir do cenário de pandemia In: VASCONCELOS, Maria Celi Chaves (org.). *Educação domiciliar no Brasil: mo(vi)mento em debate*. Curitiba: CRV, 2021.

MACHADO, José A. O. de P.. *Defensoria Pública e o futuro: 'accountability', matriz 'swot', IA e os robôs*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

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

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

MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JUNIOR, Marco A.. *Covid-19 e o direito brasileiro; mudanças e impactos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. Disponível para *download* gratuito em: <https://editorial.tirant.com/free_ebooks/9786586093971.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

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

SILVA, Franklyn R. A.. Tecnologia da informação como recurso ou obstáculo ao acesso à Justiça. In: *ConJur – Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. São Paulo, 7 mai. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-07/tribuna-defensoria-tecnologia-informacao-recurso-ou-barreira-acesso-justica>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

SMITH, Roger. Covid-19, tecnologia e acesso à justiça. Tradução: Cleber Francisco Alves e Anna Carolina Mendes da Silva. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro*, ano 29, n. 30, 2020.

SOUSA, José A. G.; PACHECO, Rodrigo B.. Os impactos da revolução tecnológica sobre a Defensoria Pública: breve estudo à luz das “ondas” renovatórias da instituição. In: MAIA, Maurílio Casas (org.). *Defensoria Pública, democracia e processo II*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

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

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

UNODC, United Nations Office Drugs and Crime; UNDP, United Nations Development Programme. *Guidance note; ensuring access to justice in the context of Covid-19*. Vienna, may 2020. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/Ensuring_Access_to_Justice_in_the_Context_of_COVID-191.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2021.

ARTIGO II

A aplicação do *legal design* no consentimento esclarecido do paciente

The application of legal design in the clear consent of the patient

CARLA CARVALHO

Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora, mestre e bacharel em Direito pela UFMG. Pesquisadora visitante na Université Libre de Bruxelles (2013–2014). Membro titular do Comitê de Ética na Pesquisa da UFMG. Advogada.

LAÍS TATAGIBA

Acadêmica de Direito da UFMG. Monitora da disciplina de Direito Médico e da Saúde da UFMG. Coordenadora do GEMED – Grupo de Estudos em Direito Médico e da Saúde na UFMG.

Resumo: No atual estágio de desenvolvimento jurídico e da Bioética, não há mais espaço para o modelo de relação entre médico e paciente baseado na verticalidade e no paternalismo. A pessoa que se submete a uma intervenção sobre seu corpo deve ter plena condição de compreender e, conseqüentemente, de manifestar criticamente sua vontade a respeito do que lhe é proposto pelo profissional da saúde. A técnica do *legal design* se revela, nesse contexto, como instrumento emancipatório do paciente – em regra detentor de reduzido conhecimento técnico – para que ele possa integrar o processo de consentimento livre e esclarecido, colaborando de forma ativa na tomada de decisões do seu interesse.

Palavras-chave: Direito; Bioética; Relação médico-paciente; autonomia; *legal design*.

Abstract: *In the current stage of legal and Bioethics development, there is no more space for the model of relationship between doctor and patient based on verticality and paternalism. The person who undergoes an intervention on his body must be fully capable of understanding and, consequently, of critically expressing his will regarding what is proposed by the health professional. The technique of legal design reveals itself, in this context, as an emancipatory instrument for the patient – usually holder of limited technical knowledge – so that he can integrate the process of free and informed consent, actively collaborating in the decision-making of his interest.*

Keywords: *Law; Bioethics; Doctor-patient relationship; autonomy; legal design.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Relação médico-paciente: evolução em direção à autonomia; 3. Consentimento livre e esclarecido: um processo; 4. Consentimento e termo de consentimento; 5. Uso de técnicas do *design* para a construção de termos de consentimento efetivamente esclarecedores; 6. Proposta de um modelo; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. Introdução

A relação médico-paciente vem passando por mudanças profundas nos últimos anos, com uma ressignificação dos papéis e potências dos sujeitos envolvidos, de modo a reconhecer e reforçar a atuação do paciente como sujeito autônomo, capaz de realizar as escolhas existenciais relacionadas ao seu corpo, sua psique, sua vida. Neste processo, ao mesmo tempo, em que se consolida como princípio fundamental a autonomia do paciente, materializada na possibilidade de consentimento ou recusa da realização de procedimentos e intervenções sobre sua saúde, se reconhece sua inerente vulnerabilidade, diante de um processo de escolha que envolve conhecimentos técnicos, compreensão de alternativas, controle de expectativas, percepção e assunção de riscos.

Assim, reconhecendo-se um frágil protagonismo do paciente, a um só tempo “empoderado” e vulnerável, buscam-se meios de assegurar a qualidade de sua manifestação de vontade, por meio do estabelecimento de um processo de consentimento que lhe proporcione os subsídios adequados para a formulação e expressão de seus desígnios, com garantia da mais ampla liberdade possível, no contexto de um mundo da vida.

Torna-se um grande desafio das práticas de saúde, para além de aspectos da evolução da técnica, o desenvolvimento de instrumentos para garantir que o paciente seja substancialmente livre e esclarecido no exercício de suas faculdades de autodeterminação. Paralelamente, assiste-se a um progressivo reconhecimento do valor das técnicas e do conhecimento ligado ao *design*, como ferramentas para promover uma adequada compreensão dos fenômenos, e propiciar a descoberta de soluções novas e mais eficazes, por meio de uma abordagem criativa e focada na resolução de problemas e no ser humano (BROWN, 2020)¹.

As ferramentas e técnicas de *design* podem ter uma aplicação bem-sucedida no campo da saúde, contribuindo para a formulação e solução adequada dos problemas enfrentados, com destaque para o acesso adequado ao paciente e sua preparação para o consentimento. Neste sentido, o presente artigo cogita aferir

¹ BROWN, Tim. *Design thinking*: uma metodologia poderosa para decretar o fim das velhas ideias. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020.

como técnicas e elementos de *design* aplicadas ao Direito — *legal design* — podem ser utilizadas no aperfeiçoamento dos processos de consentimento, especialmente para a formulação de termos de consentimento mais claros, acessíveis, completos e interessantes, que contribuam para o efetivo esclarecimento do paciente e respeito de sua autonomia.

Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica, tendo como finalidade a análise de como as ferramentas do design se revelam úteis para promover o consentimento livre e esclarecido do paciente. Ao final, propôs-se um modelo de termo de consentimento livre e esclarecido, elaborado com recurso das técnicas de *legal design*, a fim de demonstrar as potencialidades da utilização de ferramentas do design para promover um respeito mais amplo pela autonomia do paciente.

2. Relação médico-paciente: evolução em direção à autonomia

Quando se volta os olhos para o passado, vê-se uma relação essencialmente paternalista, em que o médico, como um *pater familiae*, assumia a função de dispensador dos cuidados, escolhendo, em nome e por conta do paciente, quais tratamentos e procedimentos seriam feitos em seu corpo. “No modelo paternalista, o médico atua como o tutor do paciente, determinando e colocando em prática aquilo que seja o melhor para ele”².

Neste momento, a ligação entre médico e paciente era essencialmente vertical, com a concentração do poder de tomada de decisão nas mãos daquele, e a manutenção de uma postura passiva por este, o que levou à própria consolidação da expressão “paciente”. Tal modelo, herança da ética médica clássica, é resultado da aplicação da principiologia, calcada na beneficência, preceituada por Hipócrates, considerado o pai da medicina.

O paternalismo médico teve sua origem durante a evolução histórica da Medicina, quando o médico deteve o poder na tomada de decisão na relação médico-paciente. Esse poder foi gerado tanto pelo domínio técnico de um conhecimento específico quanto pela sua legitimidade social e, a partir disso, o compartilhar decisões médicas junto com o paciente deixou de ser uma prática habitual, tornando o princípio da beneficência absoluto (BEIER, 2010, p. 247).³

² EMANUEL, Ezekiel J.; EMANUEL, Linda L. Cuatro modelos de la relación médico-paciente. COUCEIRO, A. *Bioética para clínicos*. Madri: Triacastela, 1999, p. 110 (tradução livre).

³ BEIER, Mônica. Algumas considerações sobre o Paternalismo Hipocrático. *Revista Médica de Minas Gerais*, 20 n. 2, abr.-mai. 2010, p. 247.

No último século, contudo, assiste-se a um progressivo questionamento de tal modelo paternalista, a partir da consolidação da autonomia como princípio fundamental, tanto bioético, quanto jurídico.

Com efeito, as atrocidades cometidas na primeira metade do século, em decorrência da experimentação nazista, e repetidas na segunda metade do século, em uma série de outras pesquisas, sob a forma de ensaios clínicos em que não se coletava o consentimento dos sujeitos para inclusão como participantes, muitas vezes nem sequer se lhes dando ciência de que eram incluídos em experimentos, fizeram com que a Bioética e o Direito concedessem um tratamento especial à autonomia dos participantes, e dos pacientes em geral, protegendo-os a partir da exigência de seu consentimento, como condição *sine qua non* da realização de intervenções sobre seus corpos.

É assim que no Código de Nuremberg, elaborado em consequência dos trabalhos do Tribunal de Nuremberg, que julgou os crimes cometidos no âmbito da Segunda Guerra Mundial, estabeleceu-se um conjunto de requisitos que deveriam ser observados para que um experimento científico com seres humanos fosse considerado ético, com destaque para a exigência, logo em seu art. 1º, do consentimento informado do participante.

Paralelamente, o desenvolvimento da Bioética como campo de estudo transdisciplinar envolve o estabelecimento de princípios cuja observância é essencial, tanto para a realização de pesquisas, quanto para a atuação na ética clínica. Nesta perspectiva de uma ética principialista, o princípio da autonomia se consolida, ao lado da beneficência, não-maleficência e justiça, como um dos quatro princípios de observância obrigatória para que um procedimento ou intervenção se considere moralmente aceitável (BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, 2013)⁴.

Para além de um princípio bioético, a autonomia constitui também um princípio jurídico fundamental, resguardado em todo o ordenamento brasileiro, encontrando reconhecimento na Constituição a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e de todo o ordenamento, somada a outros dispositivos em que se preceitua o respeito da liberdade individual.

Conforme Barroso e Martel (2010), “*integra o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm*

⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2013.

o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas” (p. 251) ⁵.

No plano infraconstitucional, mais especificamente no campo das relações privadas, em que se insere a relação médico-paciente, o Código Civil traz regra específica a consagrar a autonomia da pessoa sobre o próprio corpo, exigindo-se o seu consentimento para poder ser submetida a intervenções em sua saúde: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

A manifestação concreta de tal autonomia do paciente se dá pela exigência de seu consentimento, livre e esclarecido, para que se realize qualquer intervenção sobre seu corpo e sua saúde. Como consequência, o paternalismo é progressivamente abandonado — salvo situações excepcionais —, dando espaço a novas formas de interação entre médico e pacientes, no que se concebeu, por uns, como um modelo autonomista, e por outros como um modelo de mútua participação.

O primeiro foca na centralidade do papel do paciente, considerado como protagonista único de seus cuidados, detentor do poder de tomar decisões que lhe dizem respeito. Não se pode descuidar, contudo, do fato de que o paciente, para consentir e ser o sujeito do processo de tomada de decisões em matéria de saúde, precisa ser munido de explicações adequadas sobre os procedimentos e intervenções que se lhe propõem, sob pena de se vulnerabilizar diante da falta das informações necessárias para a compreensão dos fatos e formação de sua convicção.

Ainda, o médico não abdica de toda a participação na tomada de decisão de seus pacientes, sendo certo que sua forma de conduzir os contatos e tratamentos impacta diretamente na adesão do paciente, o que se soma ao fato de que o médico ele mesmo deve agir com liberdade e autonomia, em observância dos desenvolvimentos técnicos da profissão.

A mútua participação surge, dessa forma, como um modelo que atende de forma mais adequada à necessidade de se conciliar as duas autonomias em questão — de médico e paciente —, estatuidando que ambos devem participar, em colaboração, do processo de tomada de decisão, a fim de que se tenha um amplo respeito das dignidades envolvidas. O médico munirá o paciente das informações suficientes e adequadas sobre o seu diagnóstico, prognósticos e riscos envolvidos, dirimirá suas dúvidas e anseios, auxiliando-o a proferir sua

⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 38, 2010, p. 251.

palavra final. “Essencialmente, o médico ajuda o paciente a se ajudar a si mesmo” (SZASZ; HOLLENDER, 2010, tradução nossa)⁶.

De fato, apesar do caminhar histórico, todos estes modelos ainda coexistem na atualidade, cada um mantendo sua aplicabilidade conforme as peculiaridades das situações concretamente vivenciadas. Contudo, com base nos princípios bioéticos e jurídicos, deve-se privilegiar sempre o estabelecimento de padrões de interação que promovam a autonomia na maior medida possível, apenas se admitindo restrições e imposição de decisões externas ao sujeito, em bases de excepcionalidade e mediante extensa justificação. O consentimento é, pois, a condição da intervenção ética sobre o corpo do paciente.

3. Consentimento livre e esclarecido: um processo

Concebe-se, na linha dos estudos de Childress e Beauchamp (2013), o consentimento como um processo, que se prolonga no tempo, resultado de um complexo processo dialógico entre equipe de cuidados, paciente, e eventualmente familiares, esclarecimento acerca dos procedimentos e garantia da liberdade para aceitá-los ou recusá-los, diante da oferta de cuidados alternativos. Este é também o posicionamento do Conselho Federal de Medicina⁷:

O consentimento é um processo, e não um ato isolado. Como processo, o consentimento esclarecido incorpora a participação ativa do paciente nas tomadas de decisão, o que é essencial na relação médico-paciente. O consentimento é mais do que um acordo, é um processo contínuo que envolve trocas de informações e um diálogo que permite, igualmente, explorar emoções, crenças e sentimentos, além de dados técnicos (CFM, 2021).

Não é qualquer consentimento que satisfaz adequadamente o postulado bioético da autonomia da pessoa, se não aquele que se presta com liberdade e esclarecimento. No passado, era comum o uso da expressão consentimento informado, destacando a necessidade de oferta de informações para que o paciente tome suas decisões. Com o tempo, passa-se a preferir a expressão consentimento livre e esclarecido, que (i) agrega a exigência de liberdade, erigindo a recusa como opção disponibilizada ao sujeito; e (ii) exige que a informação seja convertida em esclarecimento, não se restringindo a uma mera disponibilização de dados.

⁶ SZASZ, Thomas; HOLLENDER, Marc. A contribution to the philosophy of medicine; the basic models of the doctor-patient relationship. *JAMA Intern Med.*, v. 97, n. 5, p. 585-592, 1956. Disponível em: <<https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/article-abstract/560914?resultClick=1>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Recomendação 01/2016*. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em 20 jan. 2021.

Com efeito, esclarecer é muito mais que informar. Para ser esclarecido, é necessário que o sujeito assimile, de forma crítica, as informações que lhe foram disponibilizadas, encontrando nelas sentido. Informação é dado, esclarecimento é substância, modificação do estado subjetivo em função da assimilação e compreensão das informações. Neste sentido a lição de Flaviana Rampazzo Soares⁸:

Informar é diferente de esclarecer. O primeiro é o conteúdo de um determinado conhecimento, e o segundo é o ‘seguimento de questões colocadas pelo credor da informação’, ou seja, um detalhamento dirigido à complementação da informação ou à dissipação de dúvidas (SOARES, 2021).

Quando se fala em consentimento como processo, entende-se que o mesmo decorre de uma pluralidade de oportunidades de contato entre o paciente e a equipe de cuidados — não apenas os médicos —, desenvolvendo-se numa cadência adequada — a depender, claro, da disponibilidade concreta de tempo que o caso apresenta —, a fim de que se apresentem ao paciente as informações relevantes para sua tomada de decisão, em linguagem clara e acessível, conforme seu nível de compreensão, seguindo-se períodos para reflexão e busca de fontes alternativas, ocasiões para apresentação de questionamentos e esclarecimento de dúvidas, sempre com a possibilidade de se revisarem os percursos propostos para os cuidados.

O consentimento informado (oral ou escrito) consiste no reconhecimento da autonomia do paciente em se submeter ou não a técnicas médicas de pesquisa, prevenção, diagnóstico e tratamento, respeitados suas crenças e valores morais, direitos considerados de personalidade pelo art. 15, do Código Civil. Trata-se de decisão livre, voluntária, refletida, autônoma, não-induzida, tomada após um processo informativo e deliberativo sobre o procedimento ou procedimentos biomédicos a serem adotados nos termos informados (SCHAEFER, 2012, p. 6.329-6.330).⁹

Neste processo, deve-se ainda respeitar o tempo de absorção dos novos dados pelo paciente, permitindo-lhe a formação de uma escolha significativa, além de garantir-lhe sempre a possibilidade de recusa das opções propostas, sem que

⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade*. Indaiatuba: Foco, 2021.

⁹ SCHAEFER, Fernanda. A nova concepção do consentimento esclarecido. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 1, n. 10, p. 6317-6354, 2012.

isso implique um mero abandono dos cuidados. É que em última análise sempre haverá alternativas disponíveis, exurgindo os cuidados paliativos como direito daquele paciente que não deseja ser submetido a tratamentos que considera fúteis, desproporcionais ou até contrários aos seus valores.

4. Consentimento e termo de consentimento

Conforme assentado, é preciso realizar a adequada distinção entre consentimento e termo de consentimento, referindo-se o primeiro à anuência propriamente dita para a realização de um tratamento ou procedimento, como resultado de um processo de esclarecimento e garantia de liberdade, e o segundo ao documento frequentemente utilizado para o registro daquele. Beauchamp e Childress (2013)¹⁰ realçam a distinção, estabelecendo ser “essencial que se entenda o consentimento informado como um processo que ocorre com o tempo, e que se evite a visão comum de que um formulário de consentimento assinado é a essência do consentimento”.

De fato, o consentimento livre e esclarecido não depende de forma escrita, pois em Direito, quando não há exigência legal de forma, esta deve ser considerada livre, podendo as partes manifestar suas vontades pelo modo que melhor lhes aprover. Mais importante que a forma é a substância, consistente no efetivo respeito da autonomia do sujeito.

A não obrigatoriedade do documento não afasta, contudo, sua importância prática. O próprio Conselho Federal de Medicina, na Recomendação CFM 01/2016¹¹, traz a seguinte recomendação: “A forma verbal é a normalmente utilizada para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, devendo o fato ser registrado em prontuário. Contudo, recomenda-se a elaboração escrita (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido)”. É que o documento, além de prestar à informação do paciente, serve de instrumento para a defesa do profissional, meio de prova da regularidade da prestação dos cuidados:

A informação dada ao paciente ou a quem por ele é responsável deve ser clara, objetiva e compreensível, sendo importantíssimo que o médico documente todo esse processo, não só para sua própria segurança, mas como garantia das opiniões dadas ao paciente e da adequada prestação dos serviços contratados (SCHAEFER, 2012, p. 6.328)¹².

¹⁰ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2013, p. 163.

¹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Recomendação 01/2016*. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

¹² SCHAEFER, Fernanda. A nova concepção do consentimento esclarecido. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*,

Outras recomendações feitas pelo CFM para a elaboração do documento são:

- a) O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos. Portanto, não se enquadra na prática da denominada medicina defensiva. [...]
- c) A redação do documento deve ser feita em linguagem clara, que permita ao paciente entender o procedimento e suas consequências, na medida de sua compreensão. Os termos científicos, quando necessários, precisam ser acompanhados de seu significado, em linguagem acessível.
- d) Em relação ao tamanho da letra, recomenda-se que seja pelo menos 12 e, com a finalidade de incentivar a leitura e a compreensão, que o termo seja escrito com espaços em branco ou alternativas para que o paciente possa, querendo, completá-los com perguntas a serem respondidas pelo médico assistente ou assinalar as alternativas que incentivem a compreensão do documento. Depois de assinado pelo paciente, tais espaços em branco e/ou alternativas, quando não preenchidos, deverão ser invalidados.
- e) O paciente, ou seu representante legal, após esclarecido, assume a responsabilidade de cumprir fielmente todas as recomendações feitas pelo médico assistente (CFM, 2016).¹³

Os documentos de consentimento informado desempenham, assim, múltiplos papéis: (i) informação dos participantes da pesquisa ou dos pacientes; (ii) satisfação de exigências regulatórias; (iii) definição dos deveres das partes¹⁴, permitindo a demonstração do seu cumprimento e redução do risco de responsabilização de profissionais e instituições¹⁵.

Os termos não devem substituir o processo de consentimento, em si. Em muitos contextos, porém, são utilizados como a única ferramenta de coleta do consentimento, o que torna ainda mais relevante a busca de modelos de termos adequados e completos, que forneçam ao paciente, claramente e acessível, as informações adequadas e necessárias para a formação de sua convicção.

Lisboa, ano 1, n. 10, p. 6317-6354, 2012.

¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Recomendação 01/2016*. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Recomendação 01/2016*. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

¹⁵ WILBANKS, John. Design Issues in e-Consent. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. 2018, mar., v. 46, n. 1, pp. 110-118. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30057442/>>. Acesso em: 5 fev. 2021.

5. Uso de técnicas do *design* para a construção de termos de consentimento efetivamente esclarecedores

Vê-se que o “consentimento informado ou, como preferem alguns, consentimento livre e esclarecido requer que a pessoa compreenda os fatos relevantes ou materiais, as implicações e as consequências derivadas da ação que vier a adotar [...]”¹⁶.

O desafio que se descortina é a avaliação da complexidade das informações que a pessoa precisa compreender para tornar-se esclarecida, bem como das técnicas aplicáveis para a promoção deste entendimento. Segundo Nunes e Rodrigues, “a abordagem do *design thinking*, assim, possui uma ampla gama de possibilidades e se amolda aos mais variados ramos do conhecimento, de modo a propor soluções mais humanas, menos burocráticas e mais efetivas”¹⁷. O uso de ferramentas do *design* tem o condão de promover melhor atenção, interação, e absorção de informação pelo paciente, contribuindo para o respeito de sua autonomia, na medida em que a ideia por trás de tais ferramentas é promover o uso de abstrações para simplificar informações e sistemas complexos.

O *legal design* surge, assim, “como a aplicação no Direito das técnicas do *design*, ou seja, como *design jurídico*”¹⁸, tornando o fenômeno jurídico mais empático e acessível às pessoas, com boa aplicabilidade no campo de documentos de consentimento do paciente.

Wilbanks (2018)¹⁹, trabalhando em uma organização não lucrativa de pesquisa biomédica, estudou o consentimento informado no âmbito da instituição, constatando que, apesar de este ter sido implementado como um processo, não se fazia uma reflexão sobre a sua eficácia, em termos de preparação do participante para a tomada de decisão autônoma sobre a participação ou não em uma pesquisa. Na prática, o consentimento era visto como uma mera transação pontual, estabelecida como condição para o recrutamento de participantes numa pesquisa.

¹⁶ SZTAJN, Raquel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185.

¹⁷ NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo *design*: *design thinking*, *legal design* e *visual law* como abordagens de implementação efetiva da influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 237.

¹⁸ NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo *design*: *design thinking*, *legal design* e *visual law* como abordagens de implementação efetiva da influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 230.

¹⁹ WILBANKS, John. Design Issues in e-Consent. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. 2018, mar., v. 46, n. 1, pp. 110–118. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30057442/>>. Acesso em: 5 fev. 2021.

O autor aponta, então, que a mudança para o uso de métodos eletrônicos de coleta de consentimento trazia uma oportunidade única de correção desse vício, já que, entre outros fatores, permitia informar verdadeiramente os participantes da pesquisa sobre os protocolos, estabelecendo-se um ambiente adequado para a escolha significativa sobre a participação ou não em um experimento, numa relação baseada em confiança.

Na formulação de um modelo para o “e-consentimento”, buscando a superação das limitações de um termo de consentimento clássico, com o recurso a ferramentas de *design*, Willbanks (2018) relata que foram primeiramente identificados os conceitos clínicos essenciais que o sujeito deve compreender antes de fazer a escolha acerca de sua participação. Tais conceitos foram então organizados em duas camadas: uma dominante pictórica e uma dominante textual.

Estrutturamos a tela intencionalmente na tentativa de chamar a atenção por meio de destaque visual: uma combinação de uma imagem chave, um título em fonte grande e um subtítulo. Rodeamos este trio de elementos com muito espaço em branco e um conjunto de ações muito limitado. Os participantes podem voltar, cancelar, avançar ou optar por aprender mais sobre o conceito apresentado. Ao optar por aprender mais, eles navegam para a camada dominante de texto, onde o conceito clínico é descrito com mais detalhes em linguagem simples. No nível de texto dominante, o único link é um retorno à mesma tela de conceito clínico. Isso garante um segundo lembrete visual do conceito, para apoiar o engajamento e retenção de informações (WILBANKS, 2018, p. 3-4).²⁰

Atualmente, já se estimula o uso de imagens e ferramentas do design na elaboração de Termos de Assentimento Livre e Esclarecido²¹, aplicáveis a sujeitos incapazes para a obtenção de sua anuência para participação em pesquisas, ademais do consentimento de seus representantes legais. O Comitê de Ética na Pesquisa da UFMG assim orienta os pesquisadores: “Lembrando que desenhos e figuras podem ser apresentados no Termo de Assentimento, para facilitar a

²⁰ WILBANKS, John. Design Issues in e-Consent. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. 2018, mar., v. 46, n. 1, pp. 110-118. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30057442/>>. Acesso em: 5 fev. 2021, p. 3-4 (tradução livre).

²¹ De acordo com a Resolução CNS 466, de 12 de dezembro de 2012, que estabelece normas sobre a ética na experimentação em seres humanos, o assentimento livre e esclarecido consiste na “anuência do participante da pesquisa, criança, adolescente ou legalmente incapaz, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação. Tais participantes devem ser esclarecidos sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa lhes acarretar, na medida de sua compreensão e respeitados em suas singularidades” (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução 466*, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://bvms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>. Acesso em: 10 jan. 2021).

compreensão das informações para os menores de idade. Pode ser até em forma de quadrinhos” (UFMG, s.d.)²².

Neste sentido, reconhece-se que a escolha de uma linguagem atraente e adequada, a boa disposição espacial das informações, a exploração de cores e o uso de imagens e figuras, constituem ferramentas privilegiadas para tornar as informações mais claras e compreensíveis a sujeitos com limitações cognitivas, em virtude de idade ou outros quadros de saúde. As mesmas técnicas podem ser exploradas no âmbito de outras relações que envolvam cuidados de saúde e assimetria informacional entre os sujeitos, independentemente da constatação de incapacidades.

Todavia, o uso de ferramentas de design para o desenvolvimento de termos de consentimento, mais assertivos e esclarecedores, em que pese sua inegável vantagem, não substitui à perfeição a realização de um processo de consentimento tradicional e bem desenvolvido, por meio de interação humana direta. É que nesta há espaço para a formulação de questionamentos e manifestação de dúvidas, permitindo-se também ao profissional a avaliação da capacidade do sujeito para consentir²³. Sustenta-se, mesmo assim, que tais ferramentas revelam especial utilidade, caso aplicadas (i) em associação aos métodos tradicionais de coleta de consentimento, ou, ainda, (ii) em situações contextuais que impedem uma interação humana satisfatória, como ocorre no recrutamento de participantes de pesquisa a ser desenvolvida à distância e em larga escala. Também se mostram úteis no processo de consentimento para o atendimento em telessaúde, no âmbito da pandemia de Covid-19, em que os sistemas e instituições de saúde tiveram que adaptar seus procedimentos para atender a um elevado número de pacientes com suspeita de contaminação e potencial para contaminar, situação que inspirou a elaboração do modelo de termo eletrônico de consentimento que acompanha este trabalho.

6. Proposta de um modelo

A fim de contribuir para a confirmação da hipótese ventilada no presente estudo, de que as ferramentas do design são úteis para a promoção da autonomia do sujeito, especialmente no que concerne o seu consentimento para a realização de tratamentos e procedimentos, elaborou-se um modelo de

²² UFMG. COEP. TCLE/TALE. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/bioetica/coep/tale/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²³ WILBANKS, John. Design Issues in e-Consent. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. 2018, mar., v. 46, n. 1, pp. 110-118. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30057442/>>. Acesso em: 5 fev. 2021.

Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, com uso das técnicas de *legal design* (apêndice).

Selecionou-se para a tarefa um tipo de termo que passou a ser cotidianamente aplicado no fazer médico, durante a pandemia de Covid-19, diante da autorização emergencial da prática de Telemedicina, no âmbito das estratégias estabelecidas pelo Ministério da Saúde para enfrentamento da emergência em saúde pública de importância nacional (WILBANKS, 2018)²⁴. Considerando-se que a própria lei que regulou a matéria determinou que o médico deve informar ao paciente sobre as limitações inerentes ao uso da telemedicina, há um consenso acerca da necessidade de obtenção do consentimento para a realização dos teleatendimentos, por meio da aplicação de termo de consentimento. Ainda, em virtude da necessidade de redução dos contatos presenciais, mormente nos atendimentos ligados ao diagnóstico e tratamento de infectados pela Covid-19, torna-se complexa e arriscada a coleta de assinatura física em termos de consentimento impressos, devendo ser privilegiado o uso de dispositivos eletrônicos, razão pela qual se entende que o uso das ferramentas propostas neste trabalho encontra uma potencialidade única.

Veja-se: ao leigo e ao médico, pode parecer que o atendimento em telessaúde é simples e não envolve grande complexidade, bastando que as partes entrem em contato por meio de plataformas seguras de conferência, por vídeo ou não. Acontece que o atendimento em telemedicina coloca para os envolvidos uma série de dificuldades e desafios, sendo importante que os mesmos compreendam seus procedimentos, limitações e potencialidades, de modo a consentir na participação das diferentes ações.

Partiu-se, então, do modelo de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para atendimento em telemedicina, disponibilizado no sítio eletrônico do Conselho Regional de Medicina de Goiás (CREMEGO)²⁵, para a elaboração de um documento semelhante, com as técnicas de *legal design*. Fez-se, contudo, alterações no texto proposto pelo órgão, de modo a torná-lo mais claro, reforçar o respeito à autonomia do paciente, assim como para prever a coleta do consentimento por meio virtual, mais coerente com a própria realização

²⁴ Base legal: Lei 13.989, de 15 de abril de 2020; Portaria MS/GM 467, de 20 de março de 2020.

²⁵ Em pesquisa realizada pelo Google, não se encontrou modelo geral do Conselho Federal de Medicina, e entre os Conselhos Regionais, apenas o do estado de Goiás publicou o modelo proposto aos seus inscritos. Por esta razão, o modelo do CREMEGO (*Termo de consentimento livre e esclarecido para o uso, de exceção, da telemedicina*. Disponível em: <http://www.cremego.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28277:telemedicina-cremego-elabora-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido&catid=3>. Acesso em: 5 jan. 2021) foi selecionado como base para o desenvolvimento deste trabalho.

de atendimentos a distância. Ressalte-se que o modelo de termo elaborado no âmbito deste trabalho é de autoria e responsabilidade das autoras, não contando com a chancela ou aprovação do CREMEGO.

7. Considerações finais

O presente texto demonstrou a utilidade da aplicação das ferramentas de design para a elaboração de documentos de consentimento que contribuam para um efetivo esclarecimento do paciente e respeito de sua autonomia, simultaneamente sob um aspecto teórico e prático.

Comparando-se textos escritos de Termos de Consentimento Livre e Esclarecido tradicionalmente utilizados na prática médica, com o modelo de termo elaborado a partir da aplicação das técnicas do *legal design* e apresentado como apêndice deste trabalho, concluiu-se que o modelo proposto apresenta uma série de vantagens, que permitem defender um maior desenvolvimento das ferramentas e ampliação de sua aplicação prática.

(1) A associação dos conceitos, deveres e outras informações, com elementos visuais, contribui para a efetividade do esclarecimento e do registro de informações pelo paciente. (2) O uso de imagens, cores, variações de fonte, linguagem atraente e simplificada, disposição espacial diferenciada das informações, entre outros recursos, torna a leitura do documento mais agradável e menos cansativa, contribuindo para que o paciente de fato acesse a integralidade de seu conteúdo. (3) O uso de tais recursos também contribui para uma maior clareza do conteúdo do documento, facilitando a compreensão. (4) A busca de adaptação da linguagem, evitando-se expressões técnicas, gera proximidade com o leitor, que se torna mais aberto às informações disponibilizadas. Além disso, o modelo coloca o foco no cliente, oferecendo-lhe serviços personalizados, informação mais clara e útil. (5) A possibilidade de disponibilização, via QR Codes, links ou outros elementos de conexão externa ao documento, de conteúdos adicionais aos que apresentem dúvidas ou desejem maior aprofundamento de conteúdo, estimulam o paciente a ampliar o seu conhecimento e compreensão, sem aumentar o tamanho do texto e desestimular a leitura integral do conteúdo reputado essencial. (6) Os recursos de design permitem que se confira destaque às informações essenciais, atraindo a atenção do paciente. (7) No termo aplicado por meios eletrônicos, como o proposto, a possibilidade de fragmentação dos diversos itens e informações em telas distintas, com campos para manifestação específica de ciência ou autorização, proporciona uma leitura real do conteúdo,

na medida em que o paciente terá que passar por todas as etapas até chegar à conclusão do documento.

Em que pese a utilidade prática do uso dos termos de consentimento elaborados a partir de técnicas do *legal design*, constata-se a limitação de sua aplicação isolada, sob forma eletrônica e auto conduzida pelo paciente, na medida em que a interação humana direta entre paciente e equipe proporciona espaço para a expressão de questionamentos e dúvidas, além da avaliação da capacidade para consentir do sujeito. Deve-se, pois, na medida do possível, associar a aplicação de tais termos à interação humana no processo de consentimento, com a disponibilização de canais de comunicação com a equipe de cuidados.

8. Referências

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 38, p.235–274, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Prinípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2013.

BEIER, Mônica. Algumas considerações sobre o Paternalismo Hipocrático. *Revista Médica de Minas Gerais*, v. 20, n. 2, p. 246–254, abr.-mai. 2010.

BROWN, Tim. *Design thinking: uma metodologia poderosa para decretar o fim das velhas ideias*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020.

UFMG. COMITÊ DE ÉTICA NA PESQUISA. *TCLE/TALE*. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/bioetica/coep/tale/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Recomendação 01/2016*. Brasília, 2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução 466*, de 12 de dezembro de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <https://bvsm.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CREMEGO. *Termo de consentimento livre e esclarecido para o uso, de exceção, da telemedicina*. Goiânia, 2020. Disponível em: <<https://www.cremego.org.br/noticias/telemedicina-cremego-elabora-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido/>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

EMANUEL, Ezekiel J.; EMANUEL, Linda L. Cuatro modelos de la relación médico-paciente. COUCEIRO, A. *Bioética para clínicos*, Madri: Triacastela, 1999, p.109–126.

NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo *design: design thinking, legal design e visual law* como abordagens de implementação efetiva da influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito*. Salvador: Editora JusPodivm, p. 227–260, 2020.

SCHAEFER, Fernanda. A nova concepção do consentimento esclarecido. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 1, n. 10, p. 6317–6354, 2012.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade*. Indaiatuba: Foco, 2021, 296p.

SZASZ, Thomas; HOLLENDER, Marc. A contribution to the philosophy of medicine — the basic models of the doctor-patient relationship. *AMA Arch. Intern. Med.*: v. 97, n. 5, p. 585–592, may 1956. Disponível em: <<https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/article-abstract/560914?resultClick=1>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

SZTAJN, Raquel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

WILBANKS, John. Design Issues in e-Consent. *J. Law Med. Ethics*, v. 46, n. 1, p. 110–118, mar. 2018. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30057442/>>. Acesso em: 5 fev. 2021.



Apêndice

Termo de Consentimento Livre e Esclarecido — para uso, de exceção, de telemedicina

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO PARA O USO, DE EXCEÇÃO, DE TELEMEDICINA

Eu, (preencher com seu nome), nascido(a) em (cidade/UF), inscrito(a) no CPF sob número (número do CPF), portador(a) de cédula de identidade número (número RG), residente (endereço do paciente), na qualidade de (**MARQUE A OPÇÃO**):

- paciente,
 representante legal do paciente (nome do paciente),

declaro que fui devidamente informado(a) pelo(a) Dr.(a). (preencher nome do médico(a)), registrado(a) no CRM/UF sob número (registro do CRM) que o uso da telemedicina será feito na forma de exceção, decorrente do quadro de pandemia do COVID19.

Tal situação deve-se ao controle epidemiológico da pandemia, assim como o isolamento social recomendado pelas entidades nacionais e mundiais de saúde, o Ministério da Saúde do Brasil e a Organização Mundial da Saúde.



O uso da Telemedicina, em caráter excepcional, foi autorizado pela Lei 13.989, de 15 de abril de 2020, e Portaria MS/GM 467, de 20 de março de 2020. Acesse o QR Code ao lado pela câmera de seu celular, para ter acesso aos documentos.

ANTERIOR

CANCELAR

PRÓXIMA

1/11

MODALIDADES DE TELEMEDICINA



Acesse o QR CODE para saber mais sobre os serviços médicos que podem ser realizados a distância com ajuda da tecnologia!

ESTOU CIENTE DE QUE O ATENDIMENTO EM TELEMEDICINA PODE SE DAR EM UMA DAS FORMAS ABAIXO, ASSINALANDO AQUELA(S) CUJA REALIZAÇÃO AUTORIZO:

TELEORIENTAÇÃO

para que médicos realizem orientação à distância a seus pacientes e com possibilidade de encaminhamento, caso necessário.

TELEMONITORAMENTO

ato médico para monitoramento ou vigilância à distância de parâmetros de saúde e/ou doença.

TELEINTERCONSULTA

entre médicos, exclusivamente para troca de informações (clínicas, laboratoriais e de imagens) e opiniões, para auxílio diagnóstico ou terapêutico.

TELECONSULTA

realizada entre médico e paciente, sem exame presencial, com a possibilidade de prescrição de tratamento, solicitação de exames e outros procedimentos, bem como emissão de atestado e relatório. Ficando facultado ao médico decidir sobre a pertinência de atendimento presencial em primeira consulta.

ANTERIOR

CANCELAR

PRÓXIMA

2/11



Estou ciente de que a telemedicina apresenta limitações por não possibilitar o meu exame médico presencial, podendo ser, em alguns casos, limitados por vídeo e/ou foto.

ANTERIOR

CANCELAR

CIENTE

3/11

imagem: monkik



Estou ciente de que a telemedicina é uma alternativa nesse momento de exceção, e caso eu ou o meu médico percebamos a necessidade da avaliação presencial ou em caso de interrupção da comunicação por falha técnica, a telemedicina é considerada interrompida e o paciente encaminhado ao ambulatório ou hospital, dentro da necessidade.

Após esse período de excepcionalidade, sei que o médico estará a disposição presencial para o tratamento.

ANTERIOR

CANCELAR

CIENTE

4/11

imagem: freepik; good ware



Nos casos de teleinterconsulta, eu autorizo o envio de dados / documentos / fotos / vídeos que permitam a minha identificação, uma vez que ela se faz entre médicos.

Este consentimento para uso de imagens se dá de forma gratuita, sem qualquer custo em meu benefício ou prejuízo à minha pessoa, e poderá ser revogado a meu pedido ou solicitação

ANTERIOR

CANCELAR

AUTORIZO

5/11



Estou ciente de que, uma vez consentida a telemedicina, em qualquer de suas modalidades, o médico deverá elaborar um prontuário para cada paciente, contendo os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no CRM/UF.

ANTERIOR

CANCELAR

CIENTE

6/11



Declaro também que fui informado que a emissão de receitas, relatórios e atestados médicos à distância é válida em meio eletrônico, durante a realização da telemedicina, segundo a Portaria GM/MS nº 467, de 20 de março de 2020.



Como funcionam os documentos digitais (relatórios, receitas e atestados)? Acesse o QR CODE para maiores informações.

ANTERIOR

CANCELAR

CIENTE

7/11

imagem: srip



Os serviços prestados nas modalidades de telemedicina serão remunerados conforme acordo prévio entre o médico e seu paciente, pessoa física ou jurídica.

Fica a critério do médico a definição e cobrança de seus honorários bem como o período de retorno, referente ao ato de telemedicina, cujos valores devem ser acordados previamente à consulta. Ao assinar esse termo declaro que aceito o acordo previamente firmado entre eu e meu médico.

Caso opte pelo não pagamento da consulta, sei que devo me dirigir ao ambulatório ou hospital.

ANTERIOR

CANCELAR

ACEITO

8/11



Reconheço a excepcionalidade do momento, e me comprometo a preservar e manter a confidencialidade das imagens (foto e vídeo), dos dados, dos diálogos, orientações, prescrições e todo o conteúdo referentes à forma da telemedicina a que fui submetido, sob pena de sanções legais por exposição de dados e imagem.

ANTERIOR

CANCELAR

CIENTE

9/11



Da mesma forma, afirmo meu compromisso em não gravar, fotografar ou editar qualquer momento ou etapa da telemedicina empregada, assim como asseguro minha ciência que tal fato não tem o consentimento do meu médico.



Toda pessoa tem direito sobre sua própria imagem. Por esta razão, a publicação de qualquer material que contenha a imagem ou voz alheia, sem sua autorização prévia, constitui ilícito, atraindo a aplicação de sanções, de acordo com o art. 5º da Constituição Federal "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

ANTERIOR

CANCELAR

CIENTE

10/11

Ao clicar na caixa "autorizo" no final desta página, presto o meu consentimento ao proposto nesse termo, declarando estar seguro(a), esclarecido(a) e ciente para a utilização da telemedicina e ao mesmo tempo, ter pessoal e livremente manifestado minha vontade.

Plenamente ciente e esclarecido(a), declaro estar totalmente informado(a) de todos os fatores de risco acima mencionados, dando meu aceite para que os procedimentos e tratamentos propostos pelo médico assistente sejam levados a termo, na forma por ele indicada, no intuito do restabelecimento de minha saúde.

(cidade), (dia) de (mês) de 2021.

ANTERIOR

CANCELAR

AUTORIZO

11/11



Atenção: uma cópia deste termo pode ser baixada, acessando QR CODE acima.



Atenção: mais informações sobre o uso da telemedicina, normas aplicáveis, direitos e deveres do paciente podem ser obtidos por meio do QR CODE acima.



SEUS DADOS ESTÃO SEGUROS!
ACESSE A NOSSA POLÍTICA DE PRIVACIDADE!

RECOMENDAÇÕES

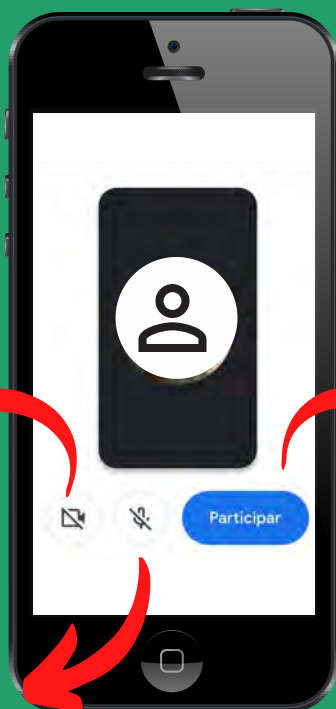
NO CELULAR OU TABLET

PASSO N°1: INSTALE O APLICATIVO "XXXXX"

PASSO N°2: CLIQUE NO LINK ENVIADO PELO SEU MÉDICO

**PASSO N°3:
LIGUE SUA
CÂMERA!**

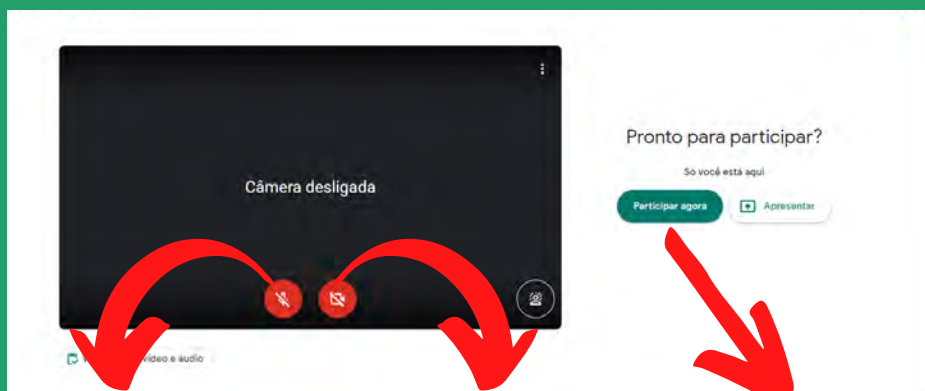
**PASSO N°4:
LIGUE SEU
MICROFONE!**



**PASSO N°5:
AGORA É SÓ
ENTRAR NA
SUA REUNIAO!**

NO COMPUTADOR

PASSO N°1: CLIQUE NO LINK ENVIADO PELO SEU MÉDICO



**PASSO N°2:
LIGUE SEU
MICROFONE!**

**PASSO N°3:
LIGUE SUA
CÂMERA!**

**PASSO N°4:
AGORA É SÓ
ENTRAR NA
SUA REUNIAO!**

CASO OCORRA ALGUM PROBLEMA COM O SEU APARELHO ELETRÔNICO OU COM A SUA INTERNET, REPITA O PROCEDIMENTO E SEU MÉDICO ESTARÁ TE ESPERANDO.

O processamento unificado de autorização de saída temporária proposto pelo Conselho Nacional de Justiça como instrumento de tutela jurídica de direitos fundamentais no âmbito do Direito Processual Coletivo e da Execução Penal

The unified processing of temporary departure authorization proposed by the national council of justice as an instrument of legal protection of fundamental rights in the scope of Collective Procedural Law and Criminal Execution

DANIEL BROCANELLI GARABINI

Defensor público do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado lato sensu em Controle Externo da Administração Pública pela Escola de Contas Professor Pedro Aleixo – TCMG. Mestre em Direito pela Universidade de Itáúna/MG.

Resumo: O artigo pretende analisar teoricamente o processamento coletivo e unificado de autorização de saída temporária (benefício previsto no artigo 123 da Lei de Execução Penal) proposto pelo Conselho Nacional de Justiça, contextualizando-o com o microsistema de efetivação de direitos coletivos fundamentais, com os necessários instrumentos jurídicos de tutela no plano processual, partindo-se do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva. As obrigações de fazer assumidas pelo Poder Público e o tema referente a políticas públicas levadas à apreciação do Poder Judiciário no âmbito da Execução Penal, bem como as propostas legislativas de mitigação de direitos frente ao princípio da vedação do retrocesso são analisadas criticamente, tendo como marco teórico a teoria dos direitos fundamentais, por meio da análise de conteúdo e pesquisa bibliográfica. Ao final, propõe-se a inserção da iniciativa proposta pelo Conselho Nacional de Justiça no rol de instrumentos de tutela de direitos no âmbito do Direito Processual Coletivo e da Execução Penal.

Palavras-chave: Ações coletivas; Direitos fundamentais; Execução penal; Saída temporária; Direito processual coletivo.

Abstract: *The article intends to analyze the collective and unified processing of temporary exit proposed by the National Council of Justice, contextualizing it with the microsystem of effectiveness of fundamental collective rights, with the necessary legal instruments of protection in the procedural plan, starting from the principle of maximum amplitude of collective judicial protection. The obligations to do assumed by the Public Power and the issue related to public policies brought to the attention of the Judiciary in the scope of Criminal Execution, as well as the legislative tendencies of mitigating rights in the face of the principle of prohibition of retrogression are critically analyzed, having as a framework Theory of fundamental rights, through content analysis and bibliographic research.*

Keywords: *Class actions; Fundamental rights; Criminal enforcement; Temporary departure.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direitos fundamentais e a teoria geral das ações coletivas; 3. Alguns direitos previstos na Lei de Execução Penal e o princípio da vedação do retrocesso; 4. Ações coletivas no âmbito da Execução Penal; 5. O processamento coletivo e unificado de autorização de saída temporária como instrumento de tutela coletiva no Estado Democrático de Direito; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

As obrigações assumidas pelo Poder Público na concretização de direitos fundamentais são temas recorrentes no debate jurídico, já que muitas vezes o Estado se omite na implantação de determinada política pública.

Essa omissão estatal contribui para intensificar o papel de protagonismo do Poder Judiciário nas últimas décadas, notadamente pelo advento de um microsistema coletivo que prevê instrumentos de proteção de interesses metaindividuais.

Nesse contexto, as ações coletivas garantiram maior acesso à justiça na busca de efetivação dos direitos fundamentais, objetivando a celeridade e economia processuais, e a pacificação dos conflitos e tensões que surgem especialmente em uma área sensível como a Execução Penal.

A proposta de processamento coletivo e unificado das autorizações de saída temporária do Conselho Nacional de Justiça visa ampliar o acesso à justiça na busca de efetivação dos direitos dos reclusos no âmbito do direito processual coletivo.

Entretanto, vivenciamos uma época de ameaças a direitos já consolidados, a exemplo do substitutivo ao Projeto de Lei aprovado recentemente na Câmara dos Deputados que visa abolir o benefício de saída temporária aos sentenciados que cumprem pena no regime semiaberto (MENKE, 2022).

Dessa forma, tendo como marco teórico a Teoria dos Direitos Fundamentais, buscar-se-á uma nova abordagem no âmbito da Teoria Geral do Processo, de

modo a se investigar o processo coletivo em uma teoria própria, por meio da pesquisa bibliográfica e de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal em sede de ações coletivas.

Nessa linha metodológica, a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de tutelar coletivamente os direitos dos sentenciados, contribui, em tese, para a defesa dos direitos individuais no Estado Democrático de Direito, prestigiando o princípio da vedação do retrocesso, tão vilipendiado nos dias atuais.

2. Direitos fundamentais e a teoria geral das ações coletivas

Nesse contexto, e já delimitando o tema proposto, a questão que surge com o advento do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição da República de 1988 diz respeito aos deveres assumidos pelo Poder Público na concretização do ideal cívico/político de proteção dos Direitos Fundamentais.

Nesse caso, havendo um direito fundamental, especialmente tutelado coletivamente, o tema das obrigações do Poder Público não se resume às relações jurídicas privadas, de cunho individual.

O ordenamento jurídico brasileiro é composto de regras e princípios dispostos em um sistema hierárquico, onde a Constituição da República ocupa posição de supremacia. Os princípios e regras constitucionais informam e condicionam todo o ordenamento jurídico, vinculando o legislador e o intérprete das leis.

Essa divisão das normas jurídicas entre princípios e regras e o uso da técnica da ponderação entre princípios colidentes com esteio na necessidade, adequação e proporcionalidade como método hermenêutico surge na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Com efeito, adverte Humberto Theodoro Júnior:

Ou seja, para que possa fazer uma avaliação sobre qual direito fundamental deverá ter prevalência em caso de conflito, nos moldes do Novo CPC, o aplicador do Direito deverá fazer uma avaliação equacionada da situação (do caso concreto), mediante processo coparticipativo/cooperativo (artigos 6º a 8º, c/c o art. 489, § 2º)¹, objetivando verificar se de fato a medida original a ser adotada apresenta uma leitura que considera o direito fundamental preservado mais importante que o de seu rival, uma vez que tal medida traria um benefício superior para a comunidade do que se adotasse uma interpretação voltada para a maior proteção do outro direito fundamental.

¹ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Art. 489 § 2º 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.

No atual cenário do Novo CPC, temos que este parece encampar preferencialmente a leitura que será desenvolvida por Alexy — em detrimento das lições de Dworkin, como decorrência do uso preferencial, no direito vigente brasileiro, da teoria do alemão, o que de modo algum impede uma interpretação mais consentânea com o processo democrático/justo. Alguns artigos irão, portanto, permitir embasamento a nossa afirmação, como será explicitado (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p.61).

A Teoria dos Direitos Fundamentais se ocupa com problemas relacionados a todos os direitos fundamentais. Partindo desse pressuposto, pretende ser uma parte geral da dogmática dos direitos fundamentais, assentada em dois pilares: a teoria dos princípios, ou seja, princípios e regras como estrutura das normas jurídicas e a teoria das posições jurídicas fundamentais.

Dessa forma “a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais, representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais” (ALEXY, 2011, p. 29).

Por outro lado, *status* pode ser concebido como a posição (relação) do cidadão perante o Estado, subdividindo-se em passivo, positivo, negativo e ativo. Aqui nos interessa analisar o status positivo, que corresponderia a direitos a prestações frente ao Poder Público.

Surgem novas obrigações, cuja fonte imediata se assenta no texto constitucional, necessitando de instrumentos processuais aptos a garantir o seu adimplemento.

Com razão assevera Luiz Manoel Gomes Júnior (2005, p. 4):

Em tal contexto é que se insere o sistema processual do novo século, com o tema emblemático da coletivização dos direitos. Visando a dar efetividade a esse “processo coletivo” surgem inúmeros institutos jurídicos. No mesmo passo, cuida-se do resgate daqueles oriundos do direito processual civil ortodoxo, mais adequados à proteção dos interesses metaindividuais. É o que se verifica do disposto no artigo 83, caput, do Código de Defesa do Consumidor. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (grifos do autor).

Cumprе ressaltar que todas as espécies de ações são aptas para tutela dos direitos fundamentais que impõe ao Estado uma obrigação de fazer, nos termos do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse particular, é necessário construir uma teoria das ações coletivas que seja geral e que não se restrinja ao processo civil, especialmente devido ao fato de o Direito ser uma ciência dinâmica que busca normatizar situações variadas.

Almeida analisa com clareza que:

Como síntese teórica de toda essa sistematização ainda a construir, seria necessária a elaboração de uma teoria geral do direito processual coletivo, colhendo-se os elementos essenciais pertinentes ao conjunto de regras e princípios próprios e comuns a todas as formas de tutelas jurisdicionais coletivas.

Para tanto, é fundamental que se desenvolva a ideia de uma teoria geral do direito processual coletivo, concebendo-a essencialmente sob o prisma constitucional, em que o direito processual coletivo é instrumento fundamental e indispensável ao Estado Democrático de Direito (ALMEIDA, 2008, p. 589).

Neste aspecto, a doutrina se esforça para estabelecer uma teoria específica do processo coletivo em superação à teoria geral do processo cunhada sob a visão individualista de tutela.

Rodolfo de Camargo Mancuso citando Aluísio Gonçalves de Castro Mendes observa que para se conceber um processo como coletivo devem-se ter presentes quatro objetivos: ampliação do acesso à justiça, economia processual, segurança jurídica e combate à desigualdade entre as partes e às injustiças sociais (MANCUSO, 2007).

Pode-se entender a ação como o veículo que irá conduzir determinada pretensão à apreciação do Poder Judiciário. Partindo dessa premissa, sobressaem as três condições da ação, a saber, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse processual e a legitimidade para agir.

Após abordar a discussão sobre legitimação ordinária e extraordinária, Rodolfo Camargo destaca que dois aspectos na legitimação ativa das ações coletivas devem ser destacados:

(i) Trata-se de ações ideológicas, empolgando interesses dessubstantivados, judicializados não por quem deles se afirma titular, mas por um adequado representante [...]

(ii) A situação legitimante, então desloca-se para outros parâmetros, com destaque para a relevância social do interesse, já que os valores judicializáveis através das ações coletivas estão em *numerus apertus*, conforme a cláusula “outro interesse difuso ou coletivo” (MANCUSO, 2007, p.127, grifos do autor).

Partindo-se do pressuposto de que a Constituição da República de 1988 inaugurou o Estado Democrático de Direito em nosso país e estabeleceu uma

nova dicotomia consistente em dois grandes blocos, a saber, direitos individuais e direitos coletivos, a desconstrução de conceitos individuais e da teoria geral do processo é medida que se impõe.

Nesse sentido, o professor Gregório Assagra de Almeida ensina que:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra preocupação quanto à proteção e efetivação dos direitos, ao consagrar o acesso amplo e irrestrito à justiça (art. 5º, XXX), ao conferir dignidade constitucional a um rol enorme de ações constitucionais, individuais e coletivas, especialmente coletivas (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXIII, e art. 129, III, etc.) e também, ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (art. 5º, §1º).

A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais é garantia constitucional fundamental e, portanto, cláusula pétrea, sendo-lhe incompatível interpretação restritiva. A aplicabilidade imediata tem incidência tanto em relação aos direitos e garantias constitucionais fundamentais individuais, quanto aos coletivos (SALIBA *et al.*, 2010, p. 174).

Conseqüentemente, no plano processual existirão “dois tipos de processos: processo de tutela jurídica de direito individual e processo de tutela jurídica de direito coletivo. Em verdade, isso ocorre porque somente existem dois grandes blocos do Direito: Direito Individual e Direito Coletivo” (SALIBA *et al.*, 2010, p.173).

Isto posto, para efetivação de direitos coletivos fundamentais são necessários instrumentos jurídicos de tutela no plano processual, partindo-se do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, nos termos do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

3. Alguns direitos previstos na Lei de Execução Penal e o princípio da vedação do retrocesso

A Lei n.º 7.210 (Lei de Execução Penal) adotou o sistema progressivo de cumprimento de pena pelo qual se defere aos sentenciados uma série de benefícios, se presente o bom comportamento carcerário, visando a gradual reinserção à sociedade (BRASIL, 1984).

Esses benefícios são concedidos na medida em que se cumprem os requisitos objetivos previstos na lei (o cumprimento de uma fração específica da pena) aliados ao requisito subjetivo, ou seja, o bom comportamento carcerário.

Destaca-se ainda o fato de que o referido diploma normativo traz um rol extenso de direitos relativos aos condenados, como assistência material, jurídica, religiosa, social, à saúde, educacional, tendo em vista que são assegurados aos sentenciados todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória.

Vários tratados internacionais prescrevem direitos fundamentais dos reclusos a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, nas regras mínimas para tratamento dos reclusos da ONU e no Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Cíveis da ONU, cujo conteúdo tem sido parâmetro do controle de convencionalidade exercido pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos em relação às denúncias sobre o tratamento dispensado aos presos no Brasil.

A progressão de regime está prevista no artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP), deferida ao sentenciado que cumprir os requisitos estabelecidos no referido diploma legal.

Nessa esteira, Alexis Couto de Brito pondera que:

Progressão significa passar de um regime de cumprimento mais severo para outro mais brando. As penas privativas de liberdade devem ser executadas nesta linha, tendo o nosso legislador se inspirado na metodologia conhecida por *mark system*, que permite ao condenado que atinge determinadas metas (marcas) a conquista de privilégios e uma maior aproximação da liberdade (BRITO, 2011, p. 196).

Como é obrigatória a fixação de regime inicial de cumprimento de pena pelo Juiz que expediu a sentença condenatória, o sentenciado passa do regime inicial para o mais brando, uma vez cumpridos os requisitos em lei.

O livramento condicional é o último estágio de cumprimento de pena, consistente na liberação do sentenciado em ambiente livre e sem vigilância, sob determinadas condições, previstas nos artigos 131 a 146 da LEP.

Por sua vez, Rodrigo Duque Estrada Roig desenvolve algumas ponderações sobre o instituto:

Livramento condicional é a antecipação da liberdade, mediante condições, antes do término da pena privativa de liberdade. É direito inicialmente previsto nos artigos 50 a 52 do Código Criminal de 1890, e posteriormente regulamentado pelo Decreto n.º 16.665/1924. [...] assim como ocorre com outros direitos da execução penal, deve ser passível de reconhecimento de ofício pelo Juiz da execução. Sua denegação, por outro lado, não pode ocorrer de ofício, sob pena de nulidade, haja vista a necessidade de se assegurar ampla defesa ao condenado (art. 112, § 2º, da LEP) (ROIG, 2016, p. 404).

A saída temporária é um benefício concedido aos sentenciados que estão no regime semiaberto e que tenham cumprido os requisitos previstos no artigo 123 da LEP, para que possam visitar a família, frequentar curso supletivo profissionalizante ou participar de atividades de socialização.

Cabe destacar que há importante jurisprudência no sentido de que o tempo de cumprimento de pena no regime fechado deve ser considerado para se atingir o requisito objetivo para concessão de saídas temporárias.

Neste sentido, a Súmula n.º 40 do STJ:

Súmula 40: Para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento de pena no regime fechado (BRASIL, 2006).

Guilherme de Souza Nucci, ao comentar a referida súmula, assim se posiciona:

Está correta essa disposição, pois o condenado já teve tempo suficiente para demonstrar seu bom comportamento e adequação à disciplina exigida pelo estabelecimento penal mais severo (regime fechado), tanto que conseguiu transferência ao semiaberto. Assim que viável, pode ser beneficiado pela saída temporária (NUCCI, 2020, p. 505).

Desta forma, cumprido um sexto da pena, se condenado for primário, ou um quarto, se reincidente, e tendo bom comportamento, terá direito ao referido benefício.

Contudo, em tempos políticos permeados pela intolerância em todos os níveis, verifica-se uma tendência crescente no Congresso Nacional de mitigação e até mesmo supressão de vários direitos já consolidados na Lei de Execução Penal.

Recentemente, a Câmara dos Deputados aprovou um substitutivo ao Projeto de Lei encaminhado pelo Senado Federal (PL 6579/13) extinguindo o benefício de saída temporária, matéria que depende de aprovação na Casa Revisora para encaminhamento à sanção presidencial. O texto aprovado ainda obriga a realização de exame criminológico para concessão de progressão de regime, contrariando jurisprudência consolidada sobre o tema.

Há outros projetos de lei que caminham neste sentido:

PL 6.471/2019, do senador Elmano Férrer (PP-PI): proíbe a concessão de saídas temporárias de condenados por crimes hediondos, tortura ou terrorismo;

PLS 179/2018, também do senador Elmano Férrer: prevê a coleta de material biológico do preso como condição para a saída temporária e outros benefícios;

PLS 141/2018, do ex-senador Wilder Morais (GO): reduz o benefício a

duas saídas anuais e as condiciona ao exercício efetivo de trabalho, a parecer psicossocial favorável e à ausência de falta disciplinar nos últimos seis meses; PLS 118/2018, do senador Fernando Bezerra Coelho (MDB-PE): condiciona as autorizações de saída à prévia comunicação à vítima ou a seus familiares, no caso de crime praticado com violência ou grave ameaça a pessoa; PLS 120/2016, do senador Davi Alcolumbre (União-AP): condiciona a saída temporária ao uso de tornozeleira eletrônica no caso de condenados por crime violento, por crime de grave ameaça a pessoa ou por crime hediondo (BENJAMIN. 2022, *on-line*).

Já defendíamos a aplicação do princípio da vedação do retrocesso aos direitos individuais e políticos no âmbito do Estado Democrático de Direito como forma de coibir os abusos que possam ser cometidos no que diz respeito à exclusão de direitos já consolidados sem um mínimo de amparo científico e sem um debate profundo entre a comunidade política.

Naquela oportunidade, Garabini (2016, p.67) destaca:

Para Alexy, princípios são mandamentos de otimização, “que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2011), podendo ser satisfeitos em graus variados. Desse modo, os princípios são concebidos como normas delimitadoras de outras normas, destacando-se o princípio da Supremacia da Constituição, da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana.

Nesta estrutura jurídica, o princípio da vedação do retrocesso leva em conta a primazia da norma mais favorável ao indivíduo/sociedade, impedindo que novas interpretações sobre as normas de direitos humanos tendem a diminuir a proteção já alcançada, ressalvadas as restrições constitucionalmente previstas. Apesar de não constar expressamente na Constituição da República, a vedação do retrocesso ou progressividade tem fundamento nos princípios e no regime jurídico adotado pela Carta Magna, decorrendo do princípio do Estado Democrático de Direito.

Com razão Gregório Assagra ao afirmar que “qualquer reforma no sistema pátrio ou decisão judicial tem que levar em conta a proibição do retrocesso como princípio constitucional fundamental. O princípio em questão é um dos desmembramentos do princípio democrático em seu caráter dinâmico, transformador e progressista” (ALMEIDA, 2008, p. 456).

E ainda:

A importância do princípio da vedação do retrocesso aplicado aos direitos civis e políticos se fez presente no controle de convencionalidade exercido

pela Corte Interamericana e pelo Supremo Tribunal Federal, em pelo menos duas oportunidades.

Antes disso, é importante observar que as interpretações da Corte Interamericana sobre os dispositivos da Convenção devem ser levadas em consideração inclusive para se exercer o controle jurisdicional de convencionalidade das leis no âmbito interno de cada Estado. Nesta esteira, afirma Valério de Oliveira Mazzuoli:

É importante desde já esclarecer que, no Continente Americano, a obrigação de controlar a convencionalidade das leis remonta à entrada em vigor da Convenção Americana (em 18 de julho de 1978, nos termos do seu art. 74, 2). Ocorre que mais de vinte anos depois é que foi o termo “controle de convencionalidade” efetivamente aparecer, especialmente nas sentenças da Corte Interamericana. Esta (desde 2006) tem entendido devam os juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis com a Convenção Americana, levando em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José.

Por outro lado, as opiniões consultivas emanadas pela Corte Interamericana têm se consolidado como importante fonte de pareceres em matéria de Direitos Humanos, sendo de rigor sua observação pelos Estados-partes.

Nesse compasso, cabe destacar o voto em separado do Juiz Rodolfo Piza na opinião consultiva 04/84 da CIDH, na qual defende que o princípio da proibição do retrocesso em Direitos humanos deve ser aplicado também aos direitos civis e políticos, nestes termos:

Por otra parte, la alusión al artículo 26 de la Convención se deriva de mi convicción de que la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, “exigibles directamente por sí mismos”, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, ‘exigibles indirectamente’, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación.

Naquela oportunidade, o magistrado reconheceu que a divisão entre direitos civis e políticos de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais de outro, é meramente histórica e circunstancial e não condiz com o sistema de proteção conferido pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

De outro modo, o Supremo Tribunal Federal na ADIN 4578, de relatoria do Ministro Luiz Fux, discutiu-se sobre o princípio da proibição do retrocesso em relação ao dispositivo contido no Projeto de Lei “da ficha limpa”, que tornava inelegível o cidadão que fosse condenado por órgão colegiado em decisão pendente de recurso frente ao princípio da presunção de inocência.

Extraí-se do referido acórdão que ocorrerá a incidência da vedação do retrocesso se presente o pressuposto básico consistente em, “anteriormente, a exegese da própria norma constitucional se tenha expandido, de modo a que essa compreensão mais ampla tenha alcançado consenso básico profundo e, dessa forma, tenha radicado na consciência jurídica geral” (BRASIL, 2010).

Outro aspecto relevante é a verificação de arbitrariedade na restrição legislativa, não amparada pela Constituição da República, que do mesmo modo afastará a norma inconstitucional pela infringência ao aludido princípio.

Desse modo, não é possível estabelecer a categorização dos Direitos Humanos a fim de afastar a incidência da vedação do retrocesso, uma vez que a proteção jurídica estabelecida pela Constituição da República é ampla e não prevê tal restrição.

A indivisibilidade dos Direitos Humanos é característica nuclear no âmbito da Teoria dos Direitos Fundamentais e como tal deve ser reconhecida para afastar a segmentação da proteção conferida a esses mesmos direitos (GARABINI, 2016, p. 67–69).

Assim sendo, evidencia-se o momento de polarização política atual, trazendo à tona uma pauta de pouco ou nenhum respeito aos direitos individuais, diante de um Estado historicamente opressor/controlador.

4. Ações coletivas no âmbito da Execução Penal

Neste tópico, serão apresentados alguns casos referentes às obrigações de fazer contra o Poder Público em ações coletivas, em um contexto fático de desrespeito aos direitos fundamentais da população carcerária.

Em uma primeira abordagem, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) tem sido utilizada para condenar o Poder Público em obrigações de fazer. Apesar de divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica do instituto, firma-se posição no sentido de ser uma ação apta a tutelar direitos coletivos, com espeque nas lições de Teori Zavascki:

É inegável a tendência, verificada em nosso sistema, de privilegiar o método de controle concentrado de constitucionalidade das normas, e as decisões de mérito proferidas nas correspondentes ações têm não apenas

a eficácia direta de tutelar a ordem jurídica, mas também, indiretamente, a de autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, confirmando ou negando a existência dos direitos subjetivos individuais. Considerando essa circunstância, e, ainda mais, que as mesmas sentenças têm eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, e erga omnes, na sua dimensão subjetiva, não há como negar que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade constitui, mais que modo de tutelar a ordem jurídica, um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão instrumental, pela eficácia vinculante das decisões. É, em outras palavras, um especial modo de prestar tutela coletiva (ZAVASCHI, 2007, p. 265–266).

Neste mesmo sentido, mas em relação à ação declaratória de constitucionalidade, aduz Luiz Manoel Gomes Júnior que “uma ação será coletiva se veicular pretensão coletiva. Sem dúvida nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade há a veiculação de uma pretensão coletiva, especificamente difusa, ou seja, manter a integridade do Sistema Constitucional, excluindo normas consideradas inconstitucionais” (GOMES JÚNIOR, 2005, p. 22).

Caso paradigmático diz respeito a ADPF (MC/DF) proposta a fim de obter declaração do STF sobre o “estado de coisas inconstitucional” relativo ao sistema prisional brasileiro. Segue a ementa do referido acórdão:

ADPF 347 MC / DF

CUSTODIADO — INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL — SISTEMA PENITENCIÁRIO — ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL — ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL — SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA — CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA — VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS — FALHAS ESTRUTURAIS — ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL — CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL — VERBAS — CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA — OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (BRASIL, 2015, p. 3).

Constatou-se na decisão a omissão do Poder Público na efetivação de direitos e garantias fundamentais da pessoa em cumprimento de pena, não estruturando de maneira adequada o sistema prisional de modo a cumprir a finalidade de reinserção social dos condenados.

Vanice Regina Lírio Do Valle, em pesquisa sobre a jurisprudência colombiana, adverte a respeito das decisões ou provimentos estruturantes que reconhecem o “estado de coisas” inconstitucional:

Pois bem; a jurisprudência colombiana, reconhecendo as características totalmente distintas dos conflitos de que se cogita, e a diferenciação substantiva que é de se ter no provimento jurisdicional em cada qual das hipóteses, cunhou a categoria dos chamados provimentos estruturantes — destinados exatamente ao enfrentamento de uma ausência de programa de ação, ou da ineficiência crônica das políticas públicas incidentes na área.

Precede a opção pela adoção de um provimento estruturante, o reconhecimento da existência de um “estado de coisas inconstitucional” — também essa uma relevante categoria desenhada pela Corte Constitucional. Tem-se por caracterizada a situação acima quando é possível identificar uma massiva e sistemática violação a direitos, que se possa associar a deficiências do arranjo institucional do Estado ou por ele provido. Acresce a Corte Constitucional em sua decisão na sentença T-153/98, que o estado de coisas inconstitucional exige, além da generalidade acima já referida, que as causas da violação à Carta sejam estruturais, do que decorre que a raiz do problema não repousa necessariamente tão-só na autoridade demandada, e a solução exigirá, no mais das vezes, a ação conjunta de várias instâncias administrativas (DO VALLE, s.d., p. 17).

Em uma visão constitucional do processo, cabe ao Poder Judiciário reconhecer os direitos e torná-los efetivos em tempo razoável. Nesse ínterim,

o acesso à ordem jurídica justa deve ser o vetor que indica o caminho para uma execução penal humanizada, de modo que os direitos fundamentais sejam não só reconhecidos como também protegidos de maneira eficaz.

O STF aprovou recentemente uma tese sobre o assunto em sede de repercussão geral no RE 592.581, em ação civil pública proposta no Estado do Rio Grande do Sul:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015 (RIO GRANDE DO SUL, 2020, *on-line*).

O precedente supra ganha destaque, levando-se em consideração as disposições contidas nos artigos 926 a 928 do novo CPC, que adota o sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, e o caráter vinculante da referida decisão em relação às instâncias inferiores.

5. O processamento coletivo e unificado de autorização de saída temporária como instrumento de tutela coletiva no Estado Democrático de Direito

A Constituição da República de 1988 erigiu o acesso à justiça como direito fundamental básico no Estado Democrático de Direito, porém, no que tange às pessoas em privação de liberdade, verificamos haver necessidade periódica de realização de mutirões carcerários, diante da insuficiente assistência jurídica e da morosidade na prestação jurisdicional.

Além disso, constata-se a omissão do Poder Público na efetivação de direitos e garantias fundamentais da pessoa em cumprimento de pena, não estruturando de maneira adequada o sistema prisional de modo a cumprir a finalidade de reinserção social dos condenados. A fiscalização e o controle da execução de pena por parte dos órgãos de execução penal devem se valer de instrumentos processuais aptos a atingir os fins almejados.

Soma-se a esse panorama a imagem negativa do Brasil no cenário internacional, na medida em que os problemas carcerários vivenciados têm se tornado objeto de questionamentos perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que vem impondo sanções ao país pelo descumprimento de diversos Tratados referentes ao tema (CIDH, 2021).

Como já dito, o procedimento de execução penal deve ser célere, de modo a mitigar a frequente tensão no sistema prisional, minimizando a superlotação carcerária e buscando cumprir o comando constitucional de prevalência dos Direitos Humanos e da proibição de penas cruéis ou degradantes.

Nessa perspectiva, surge a hipótese da defesa coletiva de direitos no âmbito da execução penal como mecanismo de celeridade na prestação jurisdicional.

O Conselho Nacional de Justiça aventou a possibilidade de processamento coletivo e unificado dos requerimentos de saída temporária, conforme disposto:

2.2.6.2. Processamento coletivo e unificado de autorização de saída temporária

O processamento das saídas temporárias pode ser coletivo e unificado num só provimento anual, inaugurado com a remessa de lista única contendo os pareceres do Diretor do presídio sobre todos os potenciais beneficiários sob sua custódia direta, seguindo-se com o encaminhamento de vistas do expediente ao Ministério público e à Defesa e final deliberação para cada um condenado, especificando-se as datas nas quais fará jus ao benefício ao longo do ano.

A medida evitará o trabalho hercúleo que decorre com as inúmeras juntadas individuais de requerimentos em cada processo de execução, vistas de cada um dos autos ao Ministério Público, aos Defensores e, conseqüentemente, decisões e seus registros para cada postulante.

O cartório garantirá a entrega do expediente com vista para todos os membros do Ministério Público em exercício na Vara, em respeito ao princípio do promotor natural.

O registro do gozo da saída temporária e seu cumprimento deverão ser lançados no sistema de controle eletrônico ou nos próprios autos do processo de execução do condenado, para efeito de controle (BRASIL, 2009, p. 62).

Apesar disso, há um procedimento judicial previsto no Título VIII, artigos 194 a 197, da lei em comento:

Art. 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.

Art. 195. O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida.

§ 1º Sendo desnecessária a produção de prova, o Juiz decidirá de plano, em igual prazo.

§ 2º Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o Juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.

Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo (BRASIL, 1984, *on-line*).

Percebe-se, de plano, que vários são os legitimados a provocar a atuação judicial, inclusive o próprio magistrado pode iniciar o procedimento mediante portaria, destacando-se a preocupação do legislador em garantir o contraditório e a ampla defesa.

Por outro lado, outros são os legitimados em relação ao denominado desvio/excesso de execução, previstos nos artigos 185 e 186, que se desenvolverá nesse mesmo procedimento judicial. Assim dispõe:

Do Excesso ou Desvio

Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

Art. 186. Podem suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução:

I – o Ministério Público;

II – o Conselho Penitenciário;

III – o sentenciado;

IV – qualquer dos demais órgãos da execução penal (BRASIL, 1984, *on-line*).

Os órgãos da Execução Penal estão enumerados no artigo 61, compondo o Sistema de Execução Penal, a saber, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Juízo da Execução, o Ministério Público, o Conselho

Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato, o Conselho da Comunidade e a Defensoria Pública.

Em relação à Defensoria Pública, incluída como órgão da execução pela Lei 12.313/2010, dispõe o artigo 81-A que: “A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, *de forma individual e coletiva*” (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Destaca-se que pela primeira vez abriu-se a possibilidade de defesa coletiva no texto legal, prerrogativa esta estendida ao Ministério Público e aos demais órgãos de execução penal, respeitando-se suas atribuições institucionais.

A participação coletiva é a ideia central que orientou o legislador na elaboração da Lei de Execução Penal. Não é tarefa exclusiva do Poder Público a árdua missão de cumprir com as finalidades da Lei dispostas no artigo primeiro, *in verbis*: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984, *on-line*).

Nesse sentido adverte Maurício Kuhene:

O primeiro aspecto a ser consignado deve ser para chamar a atenção dos segmentos sociais no sentido de que a responsabilidade para com a Execução da Pena é de todos. Não se pense, como erroneamente alguns setores procuram proclamar, que os problemas devem ser resolvidos pelo Judiciário ou pelo Poder Executivo. Ledo engano. Todos os Poderes e toda a sociedade, por seus diversos segmentos deve ser mobilizada, pois o retorno do homem, após o cumprimento da pena, se dará, exatamente, dentro da sociedade que temporariamente o alijou (KUENHE, 2011, p. 36).

Considerando tais disposições, o processamento coletivo proposto pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) seria compatível com a teoria das ações coletivas, uma vez deflagrado o procedimento previsto na LEP pelos legitimados ativos.

6. Conclusão

Os direitos fundamentais positivados pela Constituição da República de 1998 impõem obrigações de fazer ao Poder Público, cuja fonte imediata se assenta no texto constitucional, necessitando de instrumentos processuais aptos a garantir o seu adimplemento, especialmente por intermédio das ações coletivas em espécie.

Sendo assim, evidenciou-se que não só as ações coletivas já consagradas no microsistema coletivo são aptas para tal desiderato (ação civil pública, mandado

de segurança coletivo, ação popular, entre outras), como também ações constitucionais de controle concentrado, a exemplo da ação de descumprimento de preceito fundamental e ação declaratória de constitucionalidade.

O princípio da vedação do retrocesso considera a primazia da norma mais favorável ao indivíduo/sociedade, impedindo que novas interpretações sobre as normas de direitos humanos tendem a diminuir a proteção já alcançada, ressalvadas as restrições constitucionalmente previstas, de modo que o processo legislativo deve-se atentar para os limites de sua atuação ao se pretender mitigar ou extinguir direitos previstos na Lei de Execução Penal.

A previsão de tutela coletiva do benefício da saída temporária pelo CNJ é benéfica e atende aos reclamos de uma prestação jurisdicional rápida e eficaz. Isso porque se deve ter em mente a imensa quantidade de requerimentos processados individualmente que guardam estreita identidade na causa de pedir, podendo ser entendidos, após análise acurada, como de origem comum, a exemplo dos direitos individuais homogêneos.

Verificou-se ainda a ausência de uma teoria geral do processo coletivo robusta, de modo que há forte influência da visão individualista do processo. Contudo, nada impede o avanço da pesquisa científica sobre o processo coletivo, propondo sua abordagem no âmbito do próprio Direito Processual Penal.

Nesse sentido, não se pode afirmar que a proposta de tutela coletiva do CNJ é uma nova espécie de ação coletiva, uma vez que o procedimento judicial previsto na LEP tem suas especificidades, com regras e princípios próprios.

Entretanto, tal proposta pode ser compreendida como uma técnica processual de tutela coletiva e assim ser ampliada a outros benefícios, como forma de pacificar os conflitos gerados pela própria inércia do Estado em garantir a tempo e modo os direitos previstos no ordenamento jurídico pátrio.

7. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: DelRey, 2008.

BENJAMIN, Joás. *Senado volta a analisar saídas temporárias de presos*. Agência Senado, Brasília, 4 ago. 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/04/senado-volta-a-analisar-saidas-temporarias-de-presos>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no DOU de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sicon>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 12.258* de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei N.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Publicado no DOU de 16.6.2010. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 12.313*, de 19 de agosto de 2010. Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 — Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública. Publicado no DOU de 20.8.2010. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12313.htm>. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 40*. Recurso de Habeas Corpus 1582RJ (1991/0020444–7). Relator: Ministro Costa Leite. Recorrente: Defensoria Pública. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Geraldo Bernardes (Réu preso). RSTJ, Brasília, v. 2, n.º 3, p. 149–175, jan. 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual prático de rotinas das varas criminais e de execução penal*. Elaborado de acordo com o plano de gestão para o funcionamento das varas criminais e de execução penal. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. *Lei n.º 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na ADPF 347 MC / DF*. Relator: Mello, Marco Aurélio de. Brasília, 2021. Disponível em: <<http://stf.jus.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE 592581/RS*. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Aprovado em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

DO VALLE, Vanice Regina Lírio. *Desafios à jurisdição em políticas públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4239476/VaniceValle_DesafiosajurisdicaopoliticaspUBLICASqueSepodeaprendercomaexperienciadaColombia.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

GARABINI, Daniel Brocanelli. O princípio da proibição do retrocesso e sua aplicação aos direitos civis e políticos no âmbito do estado democrático de direito. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 2, n. 1, p. 56–71, jan./jun. 2016.

GOMES Júnior, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KUENHE, Maurício. *Lei de execução penal anotada*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENKE, Elaine. Câmara dos Deputados. *Câmara aprova proposta que acaba com saídas temporárias de presos*. Agência Câmara Notícias, Brasília, 3 ago. 2022. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/901359-camara-aprova-proposta-que-acaba-com-saidas-temporarias-de-presos>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2020.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal; uma introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Recurso Extraordinário 592.581 (598)*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Repercussão geral. Recurso do MPE contra acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do Albergado de Uruguaiana. 03/12/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/63309957/processo-n-592581-do-stf>> Acesso em: 20 jun. 2022.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução penal: novos rumos, novos paradigmas*. Manaus: Aufiero, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC; fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Por um acordo de não persecução penal cabível até o trânsito em julgado: instrumento de política criminal em um sistema de justiça sobrecarregado

For an agreement of non-prosecution applicable until the 'res judicata': instrument of criminal policy in an overloaded justice system

RODRIGO CASIMIRO REIS

Defensor público do Estado do Maranhão. Assessor de ministra do Superior Tribunal de Justiça. Membro da Comissão Criminal do Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (Condege). Especialista em Direito Constitucional.

Resumo: O acordo de não persecução penal, instituto de direito penal negociado previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, configura norma de natureza mista (com incisivo aspecto material) e importante instrumento de política criminal, que proporciona ao Sistema de Justiça incumbir-se, com maior eficiência, dos delitos dotados de maior grau de complexidade. A admissão de proposta do referido acordo até o trânsito em julgado da sentença valoriza o papel da vítima no processo e decorre de interpretação sistemática à luz da Constituição da República, revelando-se mais benéfica, inclusive, para a sociedade.

Palavras-chave: ANPP; Política criminal; Justiça eficiente.

Abstract: *the non-prosecution agreement, a negotiated criminal law institute provided for in art. 28-A of the Criminal Procedure Code, configures a norm of a mixed nature (with an incisive material aspect) and an important instrument of criminal policy, which allows the justice system to deal, with greater efficiency, with crimes with a greater degree of complexity. The admission of the proposal of the referred agreement until the final judgment of the sentence values the role of the victim in the process and results from a systematic interpretation in the light of the Constitution of the Republic, proving to be more beneficial, even for society.*

Keywords: ANPP; Criminal policy; Efficient justice.

SUMÁRIO: 1. Origem e natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal; 2. O direito penal não resolve tudo; uma luz no fim do túnel; 3. ANPP e processos em curso: a persecução penal ainda respira; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Origem e natureza jurídica do acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal (ANPP), instituto de justiça penal negociada, foi inserido na prática forense brasileira por meio do art. 18 da Resolução n.º 181/2017 (alterada pela Resolução n.º 183/2018), ato infralegal editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Embora referida norma tenha sido questionada em duas ações diretas de inconstitucionalidade (ajuizadas pela AMB¹ e pelo Conselho Federal da OAB² com o fim de discutir a suposta extrapolação da competência regulamentar do CNMP e a possível inconstitucionalidade formal da norma — que tratou de direito processual), o STF não emitiu juízo de valor acerca da matéria, tendo o mencionado ato permanecido em vigor e sido regularmente aplicado.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 13.964/19, o referido instituto passou a ser previsto em lei formal editada pelo Parlamento, mais precisamente no art. 28-A do Código de Processo Penal, tendo o legislador contemplado requisitos e condições semelhantes aos previstos na referida Resolução do CNMP.

O acordo de não persecução penal alia-se a outros instrumentos de direito penal negocial (transação penal³, suspensão condicional do processo⁴ e acordo de colaboração premiada⁵) com o escopo de reduzir a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário (e por consequência, a morosidade na prestação jurisdicional), a superlotação das unidades prisionais e servir como ferramenta para viabilizar que o sistema de justiça criminal se ocupe das infrações penais que causem, efetivamente, maior potencial ofensivo à sociedade.

Comunga-se do entendimento de que o acordo de não persecução penal tem natureza mista de norma processual e penal (já que seu cumprimento configura causa extintiva de punibilidade⁶), devendo ser aplicado imediatamente aos processos em curso, independentemente se já houve ou não o recebimento da

¹ ADI n.º 5.790, Rel. Min Ricardo Lewandowski.

² ADI n.º 5.793, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

³ Art. 76 da Lei n.º 9.099/95.

⁴ Art. 89, *caput*, da Lei n.º 9.099/95.

⁵ Art. 3º-A e seguintes da Lei n.º 12.850/13.

⁶ Art. 28, § 13, do CPP e art. 5º, XL, da CF/88.

denúncia (tema que será analisado de forma pormenorizada em tópico ulterior deste artigo).

Justamente por deter forte conteúdo material, incide a regra da *lex mitior*, devendo o art. 28-A do CPP retroagir para beneficiar o investigado/acusado, mesmo que o delito tenha sido supostamente praticado antes da entrada em vigor da Lei n.º 13.964/19.

Dissertando sobre o tema, Aury Lopes Jr. preceitua que “(...) *essa seria uma norma mista, com prevalentes caracteres penais (...) que retroagem para beneficiar o réu. Portanto, pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei 13.964 (...)*” (LOPES Jr., 2021, p. 220/221).

No mesmo diapasão, Leonardo Schmitt de Bem enuncia que:

“Embora formalmente esteja inserido no Código de Processo Penal, art. 28-A, também se reveste de conteúdo de direito material no que tange às suas consequências, apresentando-se como verdadeira norma de garantia e, assim, retroativa” (DE BEM, 2020, p. 126).

Sustenta-se, ainda, que o acordo ora examinado constitui instituto de justiça restaurativa⁷, que não se preocupa apenas — na vertente da prevenção especial negativa — com a punição do suposto autor do delito (justiça retributiva), mas, também, com a reparação dos danos causados à vítima⁸.

Abre-se um verdadeiro espaço de diálogo em um processo penal até então cristalizado e emoldurado com limites intransponíveis, no qual ocorre a valorização da vítima e a preocupação em aplicar uma responsabilização ao agente que possa reverter em prol da sociedade (como ocorre, por exemplo, com a doação de bens a Conselhos Tutelares⁹ e a órgãos incumbidos da persecução penal¹⁰).

Essa ampliação da possibilidade de consenso no processo penal é tendência internacional, tal como pode ser constatado nas Convenções de Palermo e de Mérida, promulgadas, respectivamente, pelos Decretos de n.ºs 5.015/2004 e 5.687/2006.

⁷ Art. 2º da Resolução n.º 225/2016 do CNJ.

⁸ Art. 28-A, I, do CPP.

⁹ MPMGO. ANPP celebrado pelo MPMGO garante doação de celular para Conselho Tutelar de Aparecida de Goiânia. 4 mai. 2022. Disponível em: <<http://www.mpmgo.mp.br/portal/noticia/anpp-celebrado-pelo-mpgo-garante-doacao-de-celular-para-conselho-tutelar-de-aparecida-de-goiania>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

¹⁰ MPPR. Acordo de não persecução penal firmado em Ponta Grossa prevê doação de drone para atividades de fiscalização da Guarda Municipal. 10 jul. 2022. Disponível em: <<https://mppr.mp.br/2020/07/22759,11/Acordo-de-nao-persecucao-penal-firmado-em-Ponta-Grossa-preve-doacao-de-drone-para-atividades-de-fiscalizacao-da-Guarda-Municipal.html>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

E é importante frisar que, diferente do *plea bargaining* norte-americano (instrumento do *common law* — em que há negociação ilimitada acerca da quantidade de pena sem que haja processo instaurado¹¹ — instituto que constava na proposta inicial do denominado “Pacote Anticrime”, acertadamente rejeitada pelo Congresso Nacional), o ANPP tem seus limites claramente regulados no art. 28-A do CPP e destina-se, essencialmente, aos crimes de médio potencial ofensivo (não havendo, pois, que se cogitar de rebaixamento de *standard* probatório para aplicação de pena privativa de liberdade, que continua demandando a instauração de processo penal e produção de prova em contraditório).

O acordo de não persecução penal, se utilizado racionalmente, representa uma poderosa ferramenta para desobstruir as Varas Criminais brasileiras, abarrotadas de processos nos quais se apura supostas práticas delitivas albergadas pelos requisitos do citado dispositivo legal (crimes de furto, receptação, estelionato, condução de veículo sob efeito de álcool, posse irregular de arma de fogo de uso permitido etc.)¹².

2. O direito penal não resolve tudo; uma luz no fim do túnel

Conforme consta do Relatório Justiça em Números do CNJ de 2021, “ingressaram no Poder Judiciário, no ano de 2020, 1,9 milhão de casos novos criminais, sendo 1,2 milhão (63,2%) na fase de conhecimento de primeiro grau (...)”¹³.

Extraí-se, ainda, do citado documento que “a Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 65,6% da demanda, na área criminal essa representatividade aumenta para 91,1%”.

É preciso ter em mente que o direito penal não resolve todos os problemas da sociedade; pelo contrário, se mal utilizado, ele pode se tornar mais um dos males que assola o meio social.

A diferença entre o remédio e o veneno está na dose.

Isso pode ser percebido pelo grau de ineficiência na apuração dos delitos no

¹¹ Nos Estados Unidos, acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais, chegando a 97% nos casos federais e até 99% em Detroit. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

¹² Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

¹³ CNJ. Justiça em números. Brasília. 2021. 340p. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

Brasil. Em nosso país, segundo dados do instituto Sou da Paz, mais da metade dos homicídios cometidos permanece sem solução¹⁴.

E isso se deve, segundo entendimento, (i) em razão do investimento insuficiente em órgãos de segurança pública (principalmente, no setor de inteligência) e (ii) pela falta de uma política criminal (pensada de forma nacional, organizada e integrada) que dispense especial atenção aos delitos mais graves e dotados de grau de complexidade mais elevado.

Ou seja, no Brasil criminaliza-se tudo, apura-se (ou se diz apurar) tudo, mas, ao final, não se pune o que, efetivamente, deve ser punido.

E assim, prende-se demais (e mal), sobrecarrega-se um sistema prisional que convive há décadas com um estado de coisas inconstitucional (reconhecido, inclusive, pelo STF¹⁵) e não se preocupa, efetivamente, com a ressocialização dos internos, que, via de regra, voltam ao convívio social marginalizados quando do término do cumprimento da pena, aptos a retomar, infelizmente, o ciclo vicioso.

O direito penal, então, torna-se uma bandeira demagógica a favor de determinados discursos de ocasião. Voltados não a promover a segurança pública da sociedade, mas, sim, a dar rápidas respostas vazias aos reais problemas enfrentados pelo país na área criminal, procrastinando-se (diria até, evitando-se) a adoção de soluções que sejam, de fato, eficientes.

Dissertando sobre o tema, Luis Carlos Valois afirma que:

(...) esse excesso de leis penais, surgido para resolver todos os problemas, cria um leque de possibilidades de repressão à polícia que, paralelamente, fica impossibilitada de fazer cumprir todas as leis: “o número e o alcance das leis penais garantem que policiais e promotores não façam valer todas as leis como estão escritas”.

Soma-se à inflação de leis penais a existência, entre elas, de leis punindo a simples posse de algo e está formado um espectro de medo generalizado. Um medo que se retroalimenta na medida em que, apesar da sociedade ter medo da polícia, pede mais polícia, a elaboração de mais leis penais, mais crimes e mais prisões” (VALOIS, 2021, p. 368).

No mesmo sentido, Alejandro César Rayo Werlang prescreve que:

¹⁴ ISTO É DINHEIRO. No Brasil, maioria dos homicídios ainda fica sem solução. Giro. 13 out. 2021. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/no-brasil-maioria-dos-homicidios-ainda-fica-sem-solucao/>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

¹⁵ ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031. DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

“(...) sem poder enfrentar problemas sociais e econômicos, o ente estatal faz uso do sistema repressivo-penal a fim de legitimar a sua novel ideologia. O menos estado social é compensado com mais Estado penal. (...)”

Em última análise, a política criminal dos últimos anos, como pretensa forma de resolver problemas de ordem social, bem como para diminuir a criminalidade crescente, tem-se concentrado tão-somente na expansão do Direito Penal” (WERLANG, 2018, p. 107).

Ainda sobre a temática, Amilton Bueno de Carvalho enuncia que:

Com emergência da “criminalidade incontrolada” — como não ser se tudo que se pratica é crime ou quase crime — que deve ser de imediato e exemplarmente reprimida, há um mecanismo mitológico, milagroso, com a força insuperável dos deuses do Olimpo, que tudo solucionará: a forte repressão via leis cruéis. E por mais que a realidade demonstre o contrário (dane-se, pois, a realidade), a crença que leis cruéis derrotarão a criminalidade (real ou imaginária) continua vencedora, espetacularmente vencedora (CARVALHO, 2013, p. 43).

De acordo com o citado relatório elaborado pelo CNJ, o Brasil tinha, ao final de 2020, 1,7 milhão de execuções penais pendentes, sendo que o tempo médio de tramitação de um processo criminal em nosso país, na fase de conhecimento, é de 02 anos e 07 meses (em algumas unidades da federação, como Espírito Santo, esse tempo pode chegar a 06 anos — isso somente no Juízo de 1º Grau!)¹⁶.

Além da sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário com essa política criminal adotada contemporaneamente pelo Brasil (focada, essencialmente, no caráter retributivo da pena), outro efeito deletério do denuncia-se e processa-se tudo é a superlotação das unidades prisionais.

De acordo com dados do CNJ, entre 2011 e 2021 havia, em média, cerca de 66% mais presos do que vagas existentes¹⁷, tendo o Brasil, ao final do ano de 2021, 680 mil pessoas privadas de liberdade (dado que alça o nosso país ao 3º lugar do *ranking* mundial de países com maior número de pessoas presas; importante pontuar que temos a 6ª maior população do mundo).

Enquanto no período compreendido entre 2016 e 2020, a população privada de liberdade no Brasil aumentou 9,3%, foi constatado, em Relatório do CNJ, que

¹⁶ CNJ. Justiça em números. Brasília. 2021. 340p. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

¹⁷ CNJ. Gestão da lotação prisional. 4p. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/folder-central-regulacao-vagas.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

houve redução do número de vagas ofertadas, restando constatado que, do total de internos custodiados em 2020, 30,15% eram de presos provisórios¹⁸.

Ocorre que, apesar de reprovável, esse cenário “dantesco” parece contar, conforme ressaltado por Rogério Greco, com a simpatia de parcela da sociedade, que encara a violação da dignidade da pessoa humana como um *plus* ínsito à pena privativa de liberdade (como se a tortura fosse admitida por nosso texto constitucional):

Os direitos mais mezinhas, a exemplo da possibilidade de se alimentar dignamente, de tomar banho, utilizar energia elétrica, enfim, situações que, de modo algum, importariam em regalias para o preso, são desprezados, fazendo com que o sistema carcerário mais se pareça com as masmorras do período medieval. (...)

A causa do preso, definitivamente, não angaria a simpatia dos governantes que, mesmo veladamente, no fundo, a aceitam como forma de punição para aquele que praticou a infração penal. Na verdade, o comportamento dos governantes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos (GRECO, 2016, p. 226).

Tal afirmação encontra suporte no retromencionado Relatório elaborado pelo CNJ no ano de 2021, que aponta que apenas 76,5% das unidades prisionais têm local para banho de sol, 37% têm local para prática esportiva e 35,5% detêm sala de aula.

Outro dado que merece ser ressaltado é a contínua presença do caráter seletivo do Direito Penal no Brasil. Segundo o citado Relatório do CNJ, do total de pessoas privadas de liberdade em 2020, 56,3% eram negras e 57,4% não haviam concluído o ensino fundamental.

Contra dados não há argumentos. A matemática, diferentemente do direito, é uma ciência exata.

Neste ponto, Luís Roberto Barroso assenta, com precisão, que:

Não se muda o Brasil nem o mundo com direito penal, processos e prisões. (...) Entre nós, no entanto, um direito penal seletivo e absolutamente ineficiente em relação à criminalidade de colarinho branco criou um país de ricos delinquentes. O país da fraude em licitações, da corrupção ativa, da corrupção passiva, do peculato, da lavagem de dinheiro sujo (BARROSO, 2020, p. 186/187).

¹⁸ CNJ. O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. 68p. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECL_1406.pdf> Acesso em: 13 ago. 2022.

A histórica falta de atenção para com as políticas públicas na área social e a inflação legislativa na área penal só prejudicam a realidade da Justiça Criminal em nosso país.

Esse cenário de violação massiva e persistente de direitos fundamentais pode, contudo, ser atenuado com a adoção (desde que de forma eficiente) de institutos semelhantes ao ANPP, que viabilizam uma responsabilização diversa da pena privativa de liberdade, reduzem a possibilidade da decretação de prisões cautelares e contribuem para que o sistema de justiça cumpra com o princípio constitucional da duração razoável do processo.

Aliás, o direito de ser julgado em tempo razoável encontra previsão tanto no artigo 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁹ quanto no art. 5.º, LXXVIII, da CF/88, constituindo direito fundamental do cidadão acusado de prática delitiva, conforme reconhecido pelo STF²⁰.

Até mesmo porque, como adverte Francesco Carnelutti, “a tortura, nas formas mais cruéis está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si mesmo é uma tortura” (CARNELUTTI, 2019, p. 48).

Fixadas essas premissas que demonstram a imperiosa necessidade de uma mudança de rumos na política criminal brasileira, constatamos, inclusive, na prática forense, que o acordo de não persecução penal (aplicável a infrações com pena mínima cominada inferior a 04 anos e que tenham sido cometidas sem violência ou grave ameaça) detém a capacidade de incidir em um grande volume de inquéritos e ações penais em curso, podendo ser aplicado, inclusive, conforme orientação do Ministério Público do Estado do Piauí, para o denominado tráfico privilegiado de entorpecentes, quando seja possível constatar a presença dos requisitos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06²¹.

Verifica-se, portanto, que o ANPP representa uma importante válvula de escape (diria até, um botão de emergência) eficiente para conferir celeridade ao

¹⁹ Artigo 5º – Direito à integridade pessoal. 5. “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em Juízo”.

²⁰ Pet 8186, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-062. DIVULG 05-04-2021. PUBLIC 06-04-2021; HC 108929, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 17/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030. DIVULG 12-02-2014. PUBLIC 13-02-2014.

²¹ ENUNCIADO 2: É possível a celebração do Acordo de Não Persecução Penal nos crimes de Tráfico Privilegiado, devendo os requisitos para a configuração do privilégio estarem devidamente comprovados, bem como presentes os pressupostos da confissão formal e circunstanciada do fato e de se tratar de medida apta a prevenir e reprimir a prática de crimes. Disponível em: <<https://www.mppi.mp.br/internet/caocrim/enunciados/>> Acesso em: 13 ago. 2022

andamento processual, contribuir para a pacificação social e reduzir a superlotação do sistema prisional.

3. ANPP e processos em curso: a persecução penal ainda respira

Fixada a premissa de que o art. 28-A do CPP detém natureza jurídica de normal penal mista, não há razão para recursar-se a incidência desse dispositivo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fato que irá, inexoravelmente, contribuir para o aprimoramento da prestação jurisdicional, reduzir a sobrecarga do sistema penitenciário e viabilizar que as instituições do sistema de justiça que atuam na área penal ocupem-se dos reais problemas que assolam o país em sede de política criminal.

O acordo é de não persecução penal e a persecução só termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória e o respectivo início de cumprimento de pena. Mais clara que essa constatação, talvez só a luz solar.

Tratando do cenário relativo ao termo final de cabimento do ANPP, tem-se que, atualmente, ambas as Turmas de Direito Penal do STJ têm entendimento firmado no sentido de que o referido acordo pode ser oferecido aos processos instaurados antes da entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019, mas desde que não tenha ocorrido o recebimento da denúncia. Confirmam-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 241 — D DO ECA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE DO ART. 28 — A DO CPP. LIMITE TEMPORAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES. (...)

3. “Consoante entendimento pacificado no âmbito desta Corte, a possibilidade de aplicação retroativa do instituto relativo ao acordo de persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, inserido pela Lei n.º 13.964/2019, somente é possível aos processos em curso até o recebimento da denúncia, situação não verificada na espécie” (AgRg no AREsp n.º 1.561.858/RS, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 11/5/2021, DJe 18/5/2021) (AgRg no HC n.º 706.066/SC, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 16/5/2022).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n.º 743.296/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.)

DIREITO E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ACORDO DE NÃO

PERSECUÇÃO PENAL. LEI N.º 13.964/2019. FATOS ANTERIORES. DENÚNCIA RECEBIDA. INAPLICABILIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. (...)

2. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

3. Mantém-se integralmente a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n.º 644.042/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 28/5/2021.)

A posição do STJ retrata o entendimento de que o ANPP se esgota na etapa pré-processual, revelando-se incompatível, com o propósito do instituto, admitir-se a proposta do citado acordo quando encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias.

Verifica-se, ainda, que a Terceira Seção da Corte Cidadã, nos autos do REsp n.º 1.890.343²², afetou a questão ao rito dos recursos especiais repetitivos (Tema n.º 1.098), delimitando a controvérsia com a seguinte redação: “(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia”. A matéria está pendente de julgamento.

No mesmo sentido, é a posição adotada pela Primeira Turma do Pretório Excelso:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O acórdão recorrido está alinhado com a jurisprudência desta Corte no sentido de que “o acordo de não persecução penal (ANPP), introduzido pela Lei 13.964/2019, esgota-se na fase pré-processual, não sendo possível aplicá-lo ao presente feito” (ARE 1.254.952-AgR, Rel. Min. Edson Fachin). (...)

3. Agravo a que se nega provimento.

(ARE 1374064 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2022 PUBLIC 28-06-2022)

²² ProAfR no REsp n.º 1.890.343/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 8/6/2021, DJe de 15/6/2021.

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Pretendida aplicação retroativa da Lei n.º 13.964/19, que estabeleceu o ANPP (acordo de não persecução penal). Inviabilidade. Sentença condenatória em grau de recurso por ocasião da entrada em vigência da norma. Agravo não provido.

1. O magistério jurisprudencial do STF registra que “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (HC n.º 191.464/SC-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 26/11/20).

2. Agravo regimental não provido.

(ARE 1367838 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 07-06-2022 PUBLIC 08-06-2022)

Soma-se a esse entendimento firmado pelo STJ e pela Primeira Turma do STF, a tese dos que defendem ser descabida a proposta de ANPP quando já proferida sentença condenatória, sob o argumento de que a confissão do acusado, nesses casos, não traria mais nenhum benefício à persecução penal.

Sobre o tema, Rodrigo Leite Cabral aduz que “uma vez já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com a sua confissão, que é, como já visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo” (CABRAL, 2020, p. 213).

Ocorre que tal tese desconsidera a real natureza de barganha do referido acordo, que denota a ausência de carga probatória da confissão nele formalizada.

Aliás, nesse sentido, Aury Lopes Jr. preceitua que, em caso de rescisão do acordo, a confissão “não poderá ser utilizada contra o réu, devendo ser desentranhada e proibida de ser valorada” (LOPES JR., 2021, p. 222).

Na mesma toada, Alexandre Morais da Rosa enuncia que a confissão, no ANPP, é “‘circunstancial’, ou seja, a finalidade é a de obter elementos de autoria e não a ‘confissão’ típica da instrução criminal, sob pena de antecipação e confusão dos momentos processuais (DA ROSA, 2021, p. 647).

E foi justamente com esse entendimento que o Min. Gilmar Mendes prolatou voto nos autos do HC n.º 185.913²³:

(...) não se pode, em nenhuma hipótese, afirmar que o ANPP, ao estabelecer uma obrigatoriedade de confissão circunstanciada, tenha por finalidade a busca dessa confissão como prova ao processo. (...)

²³ Tribunal Pleno, pendente de julgamento.

Diante disso, é inadmissível sustentar que a confissão realizada como requisito ao ANPP poderia ser utilizada para fundamentar eventual condenação se houver o descumprimento do acordo.

Verifica-se, portanto, que a confissão, formalizada nos autos do ANPP, busca tão-somente evitar a denúncia, não detendo carga probatória em eventual processo instaurado em face do acusado.

Feitas essas considerações acerca da natureza da confissão firmada no ANPP e demonstrado o entendimento do STJ e da Primeira Turma do STF acerca do termo *ad quem* para oferecimento do acordo, expõem-se as razões pelas quais sustentamos que o acordo de não persecução penal é cabível até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Partindo do pressuposto de que o art. 28-A do CPP constitui norma de natureza mista, resta afastado o disposto no art. 2.º do Código de Processo Penal, sendo, de rigor, a incidência do art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal e o cabimento da proposta até o trânsito em julgado da sentença.

Nessa toada, Alexandre Morais da Rosa assevera que:

Considerando a lógica negocial do instituto pautado no consenso e na autonomia privada das partes, Ministério Público e defesa possuem o direito de negociar um acordo mesmo em uma ação penal já instaurada, com denúncia oferecida e recebida, caso seja essa a sua vontade. (DA ROSA, 2021, p. 84).

No mesmo caminho, Aury Lopes Jr. prescreve que o ANPP “pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei n.º 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado” (LOPES JR., 2020. p. 221).

É preciso ter em mente que “a lei não contém palavras inúteis” e “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir” (princípios basilares de hermenêutica jurídica), razão pela qual, em nosso entendimento, a corrente que sustenta que o ANPP somente pode ser oferecido até o recebimento da denúncia não encontra suporte legal (no art. 28-A do CPP), tampouco subsídio em uma interpretação sistemática do processo penal, analisado à luz da Constituição da República (art. 5.º, XL e LXXVIII).

Conforme retromencionado neste artigo, o instituto ora examinado representa mais uma ferramenta à disposição da justiça penal negociada e apresenta correlação direta com a opção de política criminal que deve ser adotada pelo nosso país.

Em comentários a dados estatísticos fornecidos pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), Luís Roberto Barroso enuncia que:

Nem metade dos presos do sistema estão encarcerados por crimes violentos. Porém, no tocante a outra aflição da sociedade, o percentual é ainda mais chocante: não aparece na estatística o número de pessoas presas por corrupção e crimes do colarinho branco em geral. Vale dizer: é menos de 1%. Pelos dados do sistema penitenciário, não há corrupção no Brasil. Tragicamente, a estatística não corresponde à realidade. (op. cit. p. 188/189)

Pode ser muito mais benéfico à sociedade e eficiente para a pacificação social que o referido acordo seja proposto, inclusive, em grau de recurso em processo no qual conste sentença penal condenatória. O direito penal deve ser, de fato, a *ultima ratio*, reservando-se as penas privativas de liberdade para os delitos que causem maior dano ao meio social.

Tem-se, caso formalizado o acordo nessas circunstâncias, uma responsabilização penal diversa da pena privativa de liberdade, que pode ser mais interessante para a vítima, tão desprezada pelo direito penal com viés estritamente retributivo.

Aliás, é nesse sentido o voto exarado pelo Min. Gilmar Mendes nos autos do HC n.º 185.913:

Primeiramente, limitando-se a uma análise terminológica, o instituto é denominado de “acordo de não persecução penal” e não “acordo de não oferecimento da denúncia”. (...)

Portanto, penso que o limite temporal para obstar o oferecimento do ANPP em processos em curso quando da vigência da Lei 13.964/2019 seria somente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso porque, com o trânsito em julgado, inicia-se a execução da pena e encerra-se a persecução penal, perdendo sentido o ANPP em sua função essencial de simplificar e antecipar a sanção ao imputado com a sua conformidade.

Soma-se a todos esses argumentos de ordem processual, constitucional e de política criminal, que a realidade do sistema de justiça criminal nos apresenta pautas aglutinadas de audiências e sessões de julgamento de Tribunais com centenas de processos sujeitos a sustentação oral, fatos que tanto consomem o tempo dos operadores do direito, oneram o Estado e repercutem em uma maior demora na prestação jurisdicional.

Efeitos deletérios que podem ser minorados com a adoção da tese ora exposta e que irá, inclusive, reduzir o tempo de resposta estatal ao suposto delito praticado.

E neste ponto, é sempre bom lembrar a advertência realizada por Rui Barbosa na Oração aos Moços (texto publicado em 1921 e que, infelizmente, ainda se revela atual em nosso país), “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”²⁴.

4. Conclusão

Ante o exposto, sustenta-se que o acordo de não persecução penal constitui importante ferramenta de política criminal que, sendo cabível até o trânsito em julgado da sentença, irá (i) contribuir para a redução da sobrecarga do sistema de justiça e do sistema prisional, (ii) beneficiar os cidadãos por meio do cumprimento de sanções que possam repercutir em prol da sociedade, (iii) reparar os danos causados às vítimas e (iv) evitar que o acusado sofra a estigmatização do processo, com todos os efeitos danosos que decorrem de uma sentença condenatória.

5. Referências

BARROSO, Luís R. *Sem data venia*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Central de Regulação de Vaga; gestão da lotação prisional*. Brasília, s/ data. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/folder-central-regulacao-vagas.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição; 5 anos depois*. Brasília, jun. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECL_1406.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Ministério Público do Estado de Goiás. *ANPP celebrado pelo MPMGO garante doação de celular para Conselho Tutelar de Aparecida de Goiânia*. Goiânia, 4 jun. 2022. Disponível em: <<http://www.mpmgo.mp.br/portal/noticia/anpp-celebrado-pelo-mpgo-garante-doacao-de-celular-para-conselho-tutelar-de-aparecida-de-goiania>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. *Acordo de não persecução penal firmado em Ponta Grossa prevê doação de drone para atividades de fiscalização da Guarda Municipal*. Curitiba, 10 jul. 2020. Disponível em: <<https://mppr.mp.br/2020/07/22759,11/Acordo-de-nao-persecucao-penal-firmado-em-Ponta-Grossa-preve-doacao-de-drone-para-atividades-de-fiscalizacao-da-Guarda-Municipal.html>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Piauí. *Enunciados aprovados no I Ciclo de Debates Criminais; acordo de não persecução penal*. Teresina, s/ data. Disponível em: <<https://www.mppi.mp.br/internet/caocrim/enunciados>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

²⁴ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edições Casa de Rui Barbosa. 5 ed. Rio de Janeiro. 1999. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/67EAF6D4D04FB_Oracao-aos-Mocos.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2022.

CABRAL, Rodrigo L. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3. ed. Leme: Edijur, 2019.

CARVALHO, Amilton B. de. *Direito Penal a marteladas; algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DA ROSA, Alexandre M. *Guia do Processo Penal Estratégico*. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2021.

DA ROSA, Alexandre M.; ROSA, Luísa W.; BERMUDEZ, André L. *Como negociar o acordo de não persecução penal; limites e responsabilidades*. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2021.

DE BEM, Leonardo; MARTINELLI, João P. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, L.; MARTINELLI, J. P. (org.) *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

VALOIS, Luis Carlos. *O Direito penal da guerra às drogas*. 4. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

WERLANG, Alejandro C. R. *A política criminal na modernidade líquida*. Lisboa: Chiado, 2018.



Defensoria Pública contra a tortura: propostas para uma atuação estratégica e permanente para prevenção da tortura

Public Defender's Office against torture: proposals for a strategic and permanent action on prevention of torture

CAROLINA BARRETO LEMOS

Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (2017) e pesquisadora nas áreas de Antropologia do Direito, Criminologia Crítica e Direitos Humanos. Perita do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (2020-2023). Pesquisadora do Instituto de Estudos Comparados de Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC). Coordenadora do Fórum Latino-Americano de Antropologia do Direito (FLAD) no Brasil e vice-coordenadora do Laboratório de Estudos Etnográficos e Antropologia do Direito (LAET/UNIFAP).

JOÃO VICTOR MURUCI

Pesquisador nas áreas de Criminologia e Direitos Humanos, com especialização em Direito (EMER). Defensor público e membro da Câmara de Estudos de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Resumo: O Brasil contemporâneo é marcado por não garantir os direitos civis de seus cidadãos de forma universal, especialmente no contexto do sistema prisional. Se o processo penal de uma nação é um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos, o Brasil e a América Latina se destacam pela permanência das marcas do regime ditatorial no caminho do cidadão, desde uma eventual prisão em flagrante até o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, sendo comumente marcado por experiências de tortura ou maus tratos. Nesse contexto, o capítulo 1 aponta que, apesar dos compromissos internacionais, regionais e nacionais assumidos pelo Estado brasileiro no contexto da redemocratização em prevenir e combater a tortura em espaços de privação de liberdade, tal missão precisa ser acompanhada de medidas concretas para a criação e implementação de órgãos e práticas institucionais de controle externo da atividade estatal nesses locais. Assim, no capítulo 2, o artigo, a partir do item 2.1, caracteriza a Defensoria Pública brasileira como instituição autônoma que, como expressão e instrumento do regime democrático, é incumbida da promoção dos direitos

humanos, notadamente com o poder-dever de prevenção e combate à tortura. Para tanto, no item 2.2, se identifica e propõe um rol não exaustivo das diversas atuações possíveis da instituição no tema. Por fim, no item 2.3, a partir da experiência de boas práticas internacionais, como os Mecanismos de Prevenção previstos no OPCAT, se propõe a existência de um órgão especializado da Defensoria Pública para promover um sistema de visitas regulares a centros de detenção.

Palavras-chave: Tortura; UNCAT; OPCAT; Mecanismo Preventivo; Defensoria Pública.

Abstract: *Contemporary Brazil is marked by not being capable of universally guaranteeing the civil rights of its citizens, especially in the context of the prison system. If the criminal proceedings of a nation is a thermometer of authoritarian or democratic elements, Brazil and Latin America stand out for the permanence of marks of the dictatorial regime in the citizen's path from an eventual arrest to the execution of a custodial sentence, commonly characterized by experiences of torture or ill-treatment. In this context, chapter 1 points out that, despite the international, regional, and national commitments assumed by the Brazilian State to prevent and combat torture in spaces of deprivation of liberty, such a mission needs to be accompanied by concrete measures for the creation and implementation of institutional bodies and practices for the external control of State activity in these locations. Thus, in chapter 2, the item 2.1, characterizes the Brazilian Public Defender's Office is an autonomous institution that, as an expression and instrument of the democratic regime, is responsible for promoting human rights, notably with the power-duty to prevent and combat torture. Therefore, in item 2.2, identifies and proposes a non-exhaustive list of the various possible actions of the institution on the subject. Finally, in item 2.3, based on the experience of international good practices, such as the Prevention Mechanisms provided for in the OPCAT, we propose the existence of a specialized body of the Public Defender's Office to promote a system of regular visits to detention centers.*

Keywords: *Torture; UNCAT; OPCAT; Preventive Mechanism; Public Defender's Office.*

SUMÁRIO: 1. Prevenção e combate à tortura no Brasil; 2. Defensoria Pública como instrumento de prevenção e combate à tortura; 2.1. Contexto; 2.2. Defensoria Pública contra a tortura; 2.3. Deliberação, estruturação, planejamento e execução para uma atuação especializada; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. Prevenção e combate à tortura no Brasil

Mais de três décadas após a promulgação da Constituição Federal (1988), o principal marco legal do processo de redemocratização política no Brasil, os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, especialmente

aqueles associados aos componentes civis da nossa cidadania¹, continuam a ser sistematicamente desrespeitados por meio de práticas institucionais (LEMOS & CARDOSO, 2021). Pesquisas empíricas têm revelado a prevalência dessa realidade no contexto da justiça criminal, seja na brutalidade policial, seja nos padrões arbitrários e discriminatórios que caracterizam a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário de modo geral (CALDEIRA & HOLSTON, 1999; MEDEIROS, 2019; KANT DE LIMA, 2003; SINHORETTO, 2015).

A partir desse cenário, Holston e Caldeira (1999) propuseram uma abordagem do fenômeno da democracia que transcende o aspecto formal da garantia dos direitos políticos de votar e ser eleito, para compreender a experiência concreta da cidadania pela população, distinguindo, inspirados na tipologia de Marshall (1992), entre componentes civis, políticos, socioeconômicos e culturais da cidadania. A violação sistemática dos componentes civis da cidadania no Brasil levou esses autores a caracterizar o Brasil como um exemplo do que classificaram de “*disjunctive democracy*”, expressão para democracias emergentes que possuem um sistema eleitoral relativamente saudável, mas não asseguram que as instituições de controle social formal garantam os direitos civis de seus cidadãos de forma universal.

O contexto do sistema prisional é particularmente representativo dessas disjunções que impactam na experiência substantiva da cidadania para os grupos sociais mais vulneráveis à criminalização e ao encarceramento. O que é corroborado por diversas pesquisas sobre o tema em diferentes estados do país, como no Rio Grande do Norte (MELO & RODRIGUES, 2017), Distrito Federal (LEMOS, 2019), Rio de Janeiro (ANDRADE & GERALDO, 2020), Rio Grande do Sul (BOGO, 2006), Maranhão (SILVA, 2019); São Paulo (HIGA & ALVAREZ, 2019), assim como em relatórios de entidades nacionais sobre a tortura no sistema prisional (BRASIL, 2020).

Os dados dessas pesquisas evidenciam que elementos correntemente caracterizados como marcas do regime ditatorial (AARÃO REIS FILHO, 2014) — como prisões arbitrárias, práticas de tortura e maus tratos, violações de direitos humanos pelo Estado, o desaparecimento forçado e a incomunicabilidade — permanecem intactos na instituição prisional. Assim, não é possível afirmar que houve uma ruptura no modo de atuação das instituições estatais neste contexto após a redemocratização (LEMOS & CARDOSO, 2021).

¹ Para Caldeira e Holston (1999), componentes civis se referem à esfera dos direitos, práticas e valores que dizem respeito à liberdade, positiva e negativa, e à justiça como meio para assegurar todos os direitos.

Muito ao contrário, apesar da adoção de leis formais, (inter)nacionais, para garantir os direitos fundamentais de cidadãos privados de liberdade, o que se observou após o período de redemocratização política foi uma extensão do estado penal e policial², gerando um cenário ainda mais desolador no âmbito das instituições prisionais. Diante disso, o comprometimento do Estado brasileiro no contexto da redemocratização em prevenir e combater a tortura em espaços de privação de liberdade, precisa vir acompanhada de medidas concretas para a criação e implementação de órgãos e práticas institucionais de controle externo da atividade estatal nesses locais.

Formalmente, o compromisso do Brasil em erradicar a tortura foi estabelecido em diversas normas (inter)nacionais, a começar pela Constituição Federal, que em seu Art. 5º, III e XLIII afirma que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e que a prática de tortura será considerada crime inafiançável e insuscetível a graça ou anistia. É importante lembrar que essa última previsão, curiosamente, distancia-se do tratamento dado aos agentes do Estado que foram autores de tortura durante a ditadura militar, incluídos na Lei n.º 6.883, de 1979, a chamada Lei da Anistia. Assim, a Lei que marca o início do processo de redemocratização no Brasil, ao deixar impunes e não esclarecidos os crimes praticados por agentes do regime ditatorial contra cidadãos brasileiros, não rompe com a estrutura permissiva à prática de violência, tortura, desaparecimento forçado e assassinatos pelo Estado brasileiro.

No âmbito internacional, em 10 de dezembro de 1984, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (UNCAT), ratificada pelo Brasil no ano de 1989 e promulgada pelo Decreto n.º 40, de 1991. Além de definir o conceito de tortura, em seu Artigo 1, a Convenção estabelece a obrigatoriedade dos Estados Partes de definirem como crime a prática de tortura. De modo semelhante, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou, em 9 de dezembro de 1985, a Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura, ratificada pelo Brasil em 1989 e promulgada pelo Decreto n.º 98.386, de 1989.

O Estado brasileiro só veio a tipificar a prática de tortura em 1997, por meio da Lei 9.455, que define da seguinte forma o crime:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I — constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

² Os dados revelam um crescimento de 806% da população carcerária brasileira entre 1990 e 2017 (Infopen, 2017).

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
 - b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
 - c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
- II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
- Pena – reclusão, de dois a oito anos.

A obrigatoriedade dos Estados nacionais de definirem e punirem a tortura fez surgir o debate sobre medidas concretas para a fiscalização da prática de tortura e tratamento desumano, considerando principalmente que é o Estado o principal responsável por esses crimes. Nesse contexto, inspirado nas visitas a prisões durante os tempos de guerra pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha – CICV, buscou-se criar um sistema de visitas regulares a espaços de detenção ao redor do mundo (IIDH, 2010). Após um longo processo de debates, em 18 de dezembro de 2002, um sistema preventivo foi elaborado por meio da adoção pela Assembleia Geral da ONU do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (OPCAT):

Artigo 1

O objetivo do presente Protocolo é estabelecer um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde pessoas são privadas de sua liberdade, com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

O Protocolo criou, no âmbito da ONU, o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT), e estabeleceu a obrigação dos Estados Partes de “designar ou manter em nível doméstico um ou mais órgãos de visita encarregados da prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (doravante denominados mecanismos preventivos nacionais).” O OPCAT foi ratificado pelo Estado brasileiro no ano de 2006 e promulgado pelo Decreto n.º 6.085 de 2007.

Atualmente, existem cinco mecanismos de prevenção e combate à tortura no Brasil: o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (MEPCT) do Rio de Janeiro, o primeiro a ser criado por meio da Lei Estadual n.º 5.778, de 2010 e implementado em 2011; o MEPCT de Pernambuco, criado pela Lei

Estadual Lei n.º 14.863 de 2012 e implementado em 2015; o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, criado por meio da Lei 12.847/2013 e implementado em 2015; o MEPCT da Paraíba, criado pela Lei estadual n.º 9.413/2011, mas implementado apenas no ano de 2018; e o MEPCT de Rondônia, órgão criado pela Lei 3.262/2013 e implementado no ano de 2018.

Em um país de tamanho continental cuja população presa se aproxima de 1 milhão de pessoas³, é preciso avançar mais na criação dos MPCTs, que precisam estar presentes em todos os 27 estados brasileiros, e na expansão da atuação de órgãos externos ao aparato policial na pauta do combate à tortura, como a Defensoria Pública, o Ministério Público, o Poder Judiciário e as casas legislativas.

Além de expandir, é preciso qualificar e criar protocolos para a atividade de fiscalização realizada por esses órgãos. O que deve ser executado com atenção, principalmente na delicadeza e complexidade do contexto da privação de liberdade.

É importante observar, assim, como esses órgãos são percebidos pelas pessoas privadas de liberdade e pelos trabalhadores do Sistema e como isso pode interferir na dinâmica prisional. Nesse sentido, a pesquisa⁴ e a prática no contexto da prisão têm revelado que as pessoas privadas de liberdade frequentemente se referem às pessoas que representam órgãos que atuam na prevenção da tortura como os “direitos humanos”. Assim, compreendidos não como um conjunto de direitos universais abstratos dos quais, na condição de seres humanos, todos seriam titulares, mas como sujeitos, como pessoas ou grupos, que realizam visitas esporádicas às unidades prisionais e depois partem.

Nesse sentido, a fala de Cleonice⁵ — interlocutora que, em 2014, cumpria pena em regime fechado na Penitenciária Feminina do Distrito Federal — durante uma entrevista é elucidativa (LEMOS, 2019). Ao ser perguntada pela pesquisadora quem eram os “direitos humanos” a que frequentemente se referia, ela respondeu:

“São pessoas que são a favor dos presos e das presas, que quer saber como é que tá o preso dentro de cela, quantas pessoas têm dentro da cela, igual, assim, suas perguntas, meio parecida... E tipo defende a gente, se a gente tá sendo maltratado. Só que a gente não fala a verdade, né, porque... igual uma vez eu

³ Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça do dia 13 de junho de 2022, há 919.001 pessoas privadas de liberdade no Brasil. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 13 de junho de 2022.

⁴ Autor realizou uma pesquisa etnográfica com pessoas privadas de liberdade no Distrito Federal entre os anos de 2013 e 2018, apresentada em: LEMOS, 2017.

⁵ Nome fictício em respeito ao anonimato dos interlocutores de pesquisa.

gritei: ‘a comida aqui tá vindo é azeda’, peguei e fui pro isolamento. Só foi os direitos humanos virar as costas, fui pro isolamento. Por isso que eu nunca mais falei nada.”

A personificação tem valor simbólico importante: no lugar de universalismo e transcendência, os “direitos humanos” visitam o presídio e, depois, “viram as costas” e partem. Além de ser muito representativo do quadro estrutural e sistemático de violação dos direitos humanos no contexto prisional — nesse espaço, os direitos humanos só existem quando estão fisicamente presentes por meio de sua incorporação em sujeitos concretos — a fala de Cleonice sobre a retaliação que sofreu aponta pistas sobre alguns cuidados e protocolos mínimos que precisam ser seguidos por órgãos ou entidades que pretendem atuar na prevenção e combate à tortura no sistema prisional.

Isso porque a exclusão discursiva (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2022) de pessoas privadas de liberdade é um aspecto central da experiência do encarceramento (Autor ano). Esses processos estruturais de exclusão discursiva se dão por meio da privação de acesso aos instrumentos materiais e simbólicos necessários para que as pessoas presas articulem e publicizem suas insatisfações e reivindicações, assim como pela desqualificação da fala ou retaliação contra esses sujeitos quando encontram meios legítimos para fazê-lo, não permitindo que sejam efetivamente ouvidos.

Portanto, a escuta de uma pessoa privada de liberdade — assim como de um trabalhador do Sistema, que também pode estar sujeito a silenciamentos e retaliações — só será efetiva se pautada em uma sensibilização diante de sua condição particular de vulnerabilidade e em protocolos orientados à proteção das mesmas contra represálias posteriores. Cabe, assim, aos profissionais incumbidos de fiscalizar esses espaços inverter esses processos de exclusão discursiva e desumanização de pessoas privadas de liberdade por meio de sua representação como “perigosos” (MISSE, 2010). Isso significa levá-los a sério enquanto interlocutores e saber ler nas entrelinhas, e no silêncio, as dinâmicas de violência que atravessam as suas falas.

Diante de todo o exposto, neste texto, visa propor estratégias para a ampliação e qualificação da atuação da Defensoria Pública na prevenção e combate à tortura em estabelecimentos prisionais, a partir de um protocolo que considere os riscos e obstáculos do contexto da privação de liberdade. Acreditamos que apenas por meio de instrumentos capilarizados e regulares de fiscalização desses espaços

herméticos, que frequentemente funcionam à margem da lei, é possível inverter os processos de exclusão discursiva e desumanização no cárcere e avançar na concretização da nossa democracia, na garantia dos direitos de pessoas presas e na redução dos danos do encarceramento. É igualmente fundamental a cooperação e articulação entre órgãos responsáveis por prevenir e combater a tortura e o diálogo permanente destes com os setores da sociedade civil que são diretamente atingidos pela violência de Estado.

2. Defensoria Pública como instrumento de prevenção e combate à tortura

2.1. Contexto

Os países da América Latina, em diferentes níveis, desenvolveram processos de redemocratização a partir da década de 1970. O que impulsiona a busca por novos marcos constituintes para consolidar uma ordem política fundamentada na Democracia e nos Direitos Humanos. Entre as disputas do contexto de redemocratização, identifica-se a chamada quinta sub-onda renovatória de acesso à justiça (ESTEVES; SILVA, 2018), caracterizada pelo desenvolvimento e consolidação de modelos jurídico-assistenciais públicos na América Latina (*salaried staff model*).

Nesse sentido, o processo constituinte brasileiro foi marcado por disputas protagonizadas por movimentos sociais e populares que colocaram fichas na aposta por uma assistência jurídica gratuita e de qualidade como instrumento essencial de consolidação da nova república democrática que se gestava e se disputava no país. Por exemplo, o movimento feminista reivindicava uma orientação jurídica por servidores estatais para segmentos discriminados da população, enquanto o tema foi impulsionado em outras vertentes em movimentos por moradia, o movimento negro, trabalhadores organizados etc. (CASSARES, 2018).

Assim, o Poder Constituinte brasileiro, em 1988, elegeu o modelo público de assistência jurídica para promover o direito fundamental de acesso à justiça para toda a população em situação de vulnerabilidade. Por consequência, era necessário criar um instrumento constitucional para concretizar o novo catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos e a proteção dos direitos humanos, que representariam tendências do novo constitucionalismo latino-americano (PETTERS MELO, 2011).

A partir da constatação e reconhecimento de sua essencialidade democrática pela população brasileira, o processo de consolidação e fortalecimento da

Defensoria Pública segue em contínuo crescimento de legitimidade e de atribuições normativas. Nesse seguimento, a instituição se aprimora com as emendas constitucionais n.º 45/2004, 69/2012, 74/2013 e 80/2014, assim como pela regulamentação na legislação infraconstitucional, especialmente aprofundada pela lei orgânica nacional e previsões específicas em leis diversas.

Neste cenário de apostas na Defensoria Pública como instituição da e para a democracia, o artigo n.º 134 da CRFB, a partir da EC 80/2014, prevê expressamente que o órgão, como “expressão e instrumento do regime democrático”, é incumbido da “promoção dos direitos humanos”. Por sua vez, ao aprofundar tais pontos, a Lei Complementar 80/1994 prevê a “primazia da dignidade da pessoa humana” e a “prevalência e efetividade dos direitos humanos” como objetivos institucionais.

De forma específica sobre o tema do combate à tortura e correlatos, a LC 80/1994, a partir da redação dada pela LC 132/2009, estabelece, entre outras, as seguintes funções institucionais:

VI — representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; (...)

X — promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, (...);

XI — exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos (...) de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (...)

XVII — atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;

XVIII — atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, (...), propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas.

Diante de tais funções, as defensoras e defensores públicos receberam deveres e prerrogativas gerais, como o poder de requisição, e específicos a partir da LC 132/2009, como o de “livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento”, previstos na LC 80/1994.

No mesmo sentido, a Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal — LEP), a partir da redação dada pela Lei n.º 12.313/2010, prevê que as “Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais”, incumbindo-lhe, nos termos do artigo 81-B:

[...] IV — 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 penal;

V — visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VI — requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

A evolução normativa da Defensoria Pública como instrumento de prevenção e combate à tortura foi consolidada na Lei 12.847/2013, que institui o SNPCT, conforme visto no capítulo anterior, e estabelece que o mesmo poderá ser integrado, dentre outros, pelas Defensorias Públicas. Nos termos da regulamentação dada pelo Decreto n.º 8.154/2013, a adesão ao SNPCT será realizada mediante subscrição de instrumento específico, que atualmente consta do Anexo II da Portaria n.º 354/2018 do Ministério dos Direitos Humanos.

Ademais, ao instituir o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura — CNPCT, a Lei determinou que representantes da Defensoria Pública e de outras instituições públicas participarão do CNPCT na condição de convidados em caráter permanente, com direito a voz, em consonância com a função prevista no artigo 4º, XX, da LC 80/1994. O que já se observa também nas previsões normativas de Comitês estaduais, como do Rio de Janeiro, Pernambuco, Paraíba e Rondônia.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou, entre outras, resolução que trata especificamente sobre da relação entre combate à tortura e Defensoria. A AG/RES. 2887/16 (OEA, 2016), ao frisar a importância fundamental das instituições de Defensoria Pública como salvaguarda da integridade e liberdade pessoal, expressa o reconhecimento de que “os defensores públicos são atores fundamentais na prevenção, denúncia e acompanhamento das vítimas de tortura e outros tratamentos desumanos, cruéis e degradantes” (em tradução livre).

Portanto, trata-se de instituição vocacionada e, progressivamente, equipada para uma atuação protagonista contra a tortura (MATIAS, 2018-A). Em especial, sob uma perspectiva de uma atuação prioritariamente preventiva e extrajudicial.

2.2. Defensoria Pública contra a tortura

Em uma perspectiva de prevenção à tortura em diálogo com os Sistemas Interamericano e Onusiano de Direitos Humanos, a Defensoria Pública deve atuar na prevenção e combate à tortura. Entre as diversas possibilidades de atuação, é possível visualizar uma atuação de prevenção e de combate, extrajudicial e judicial, coletiva e individual.

Mais concretamente, pode-se cogitar a atuação nas primeiras horas da detenção de uma pessoa. O que pode ser realizado seja pela presença nas Delegacias de Polícia, como pioneiramente realizado pela DP-RS, mas ainda incomum em razão da ausência de número suficiente de membros e estrutura; seja na garantia de realização e de atuação nas audiências de custódias em todas as hipóteses de prisão.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2017) publicou o “Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas”. Entre as suas conclusões, a CIDH formulou a seguinte recomendação aos Estados-membros:

Proporcionar uma defesa pública desde o momento da apreensão policial, considerando principalmente que o envolvimento imediato da defesa no processo — além de garantir uma defesa mais efetiva e prevenir a prática de maus tratos e tortura durante a detenção — reduz os períodos de duração da prisão preventiva.

No exercício do papel de *ombudsman* para proteção dos Direitos Humanos frente ao Poder Público e para lidar com denúncias (SARMENTO, 2015; VOLIO, 2003), é importante a capacidade de receber denúncias e alegações de tortura e maus tratos. Assim, a instituição deve desenvolver sistemas para receber, classificar, armazenar e, conforme o caso, encaminhar e/ou tramitar alegações, queixas e denúncias, por meio de ferramenta virtual acessível e eficaz, sem prejuízo de outros meios.

O que foi ressaltado pela AG/RES. 2887/16 (OEA, 2016) que, ao frisar a importância fundamental das instituições de Defensoria Pública como salvaguarda da integridade e liberdade pessoal, expressou o seguinte:

Fomentar que as Defensorias Públicas desenvolvam, no âmbito de sua autonomia, conforme o caso, instrumentos destinados à sistematização e registro de casos de denúncias de tortura e outros tratamentos desumanos, cruéis e degradantes que possam funcionar como ferramentas para estratégias

e políticas de prevenção, tendo como objetivo fundamental evitar violações dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, reconhecendo que os defensores públicos são atores fundamentais na prevenção, denúncia e acompanhamento das vítimas de tortura e outros tratamentos desumanos, cruéis e degradantes (em tradução livre).

Por consequência, também é importante se articular com outros órgãos para desenvolver políticas de atendimento a vítimas, em especial àquelas que necessitem de atendimento emergencial. O que inclusive é expresso na função institucional de atuação na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, garantido o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar. Isso pode ser realizado por corpo próprio e centros de atendimento psicossocial, mas também, enquanto não estruturados, por redes integradas de atendimento com entidades parceiras.

Para além da atuação no âmbito criminal, Hugo Fernandes MATIAS (2018-B) sustenta diversas outras hipóteses de atuação institucional: a tutela coletiva para medidas estruturais e responsabilização do Poder Público, inclusive por meio de celebração de termos de ajustamento de conduta em face deste; a promoção de responsabilização civil objetiva do Estado, inclusive com possível configuração de danos morais coletivos, entre outros.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o defensor público do Espírito Santo também aponta outras possibilidades: solicitação de audiência pública junto à CIDH, nos termos do artigo 66 do seu regulamento; pedido de medidas cautelares antes da apresentação do caso principal à CIDH, nos termos do artigo 25.2 do Regulamento da CIDH; peticionamento perante a CIDH, com ou sem pedido de medidas de urgência, nos termos dos artigos 44, 46 e 47 da CADH c/c artigo 4.º, VI, da LC 80/1994; e a habilitação como *amicus curiae* nos processos em tramitação na Corte IDH, nos termos do artigo 44 do Regulamento da Corte (MATIAS, 2018-B).

Entre todas as hipóteses elencadas e outras não cogitadas nesse texto, é importante ressaltar a importância da atuação nos centros de detenção. Entre outras ações, por meio da realização de atendimentos, visitas, inspeções em centros de detenção, bem como atuação proativa e preventiva para garantia de direitos das pessoas privadas de liberdade em tais locais.

Os especialistas internacionais identificam os centros de detenção em geral — como delegacias, prisões, unidades socioeducativas, instituições de saúde mental etc. — como os locais com maior risco de prática de tortura e maus

tratos. Isso, porque são locais que por definição são fechados ao mundo exterior e a prática ou não de tortura depende quase exclusivamente das autoridades responsáveis (IIDH, 2010).

Ademais, os especialistas apontam que, a absoluta vedação em inúmeros instrumentos nacionais, regionais e internacionais, as práticas de tortura e maus tratos nunca foram erradicadas em qualquer parte do mundo. Inclusive, em contextos “democráticos” como o do governo do Reino Unido no enfrentamento à resistência da Irlanda do Norte (RAMOS, 2019).

O que gerou a necessidade de uma atuação mais pragmática por meio de adoção de um sistema de prevenção proativo, com um “enfoque holístico que se dirija à sociedade como um todo”. O que foi desenvolvido a partir da premissa de que “quanto mais aberto e transparente for o centro de detenção, menos abusos ocorrerão em lugares desta natureza” (IIDH, 2010).

Esse sistema foi consolidado no OPCAT, adotado pela Assembleia Geral da ONU, baseado em um sistema proativo de visitas regulares a centros de detenção, seguidas de recomendações e acompanhamento constante. Ou seja, com ênfase em um processo de cooperação e colaboração, por meio de diálogo construtivo e contínuo com o Poder Público local, e não em condenações.

Assim, com inspiração nas premissas que fundamentaram o OPCAT, é possível se propor que as Defensorias Públicas se posicionem como instituições capazes de complementar o trabalho do Mecanismo de Prevenção Nacional e dos Mecanismos Estaduais existentes e os que sejam implementados. De modo que, a partir da sua configuração e estruturação, possam conferir capilaridade e potência ao sistema preventivo no Brasil.

No mesmo sentido, e em continuidade na aposta e confiança nas Defensorias Públicas como instrumento de combate à tortura, a Assembleia Geral da OEA (2018) promulgou a resolução AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18). Assim, deliberou por:

[...] incentivar as instituições oficiais de defesa pública das Américas a fortalecer ou estabelecer mecanismos de monitoramento dos centros de detenção, especialmente para prevenir e denunciar tratamentos cruéis, desumanos e degradantes em contextos de encarceramento, incorporando uma perspectiva de gênero e abordagens diferenciadas para pessoas em situação de vulnerabilidade e/ou historicamente discriminadas (em tradução livre).

2.3. Deliberação, estruturação, planejamento e execução para uma atuação especializada

A prevenção e combate à tortura exige uma atuação estratégica, eficaz e especializada. Logo, entre os caminhos possíveis de serem trilhados pela Defensoria Pública para se organizar e se estruturar para uma atuação no tema, é possível se inspirar nos exemplos de boas práticas internacionais.

Nesse contexto, a previsão de um órgão especializado se revela um importante instrumento para centralizar e coordenar a atuação para prevenção, por meio de atribuição prioritária para promover um sistema regular de inspeções e combate à tortura. Dessa forma, é possível se inspirar no desenho institucional e exemplos de implementação e execução dos Mecanismos de Prevenção Nacionais (MPNs), previstos como o elemento nacional do enfoque preventivo do OPCAT.

A Associação para Prevenção da Tortura (APT) disponibiliza um kit de ferramentas com orientações práticas para desenvolvimento, atribuições, arranjos institucionais e colaborações com outras entidades, assim como a *Convention against Torture Initiative* (CTI) também disponibiliza ferramentas e guias. Esses materiais serão utilizados como base para as propostas a seguir, com as necessárias adaptações ao contexto da instituição de defesa pública no Brasil.

O primeiro passo, portanto, se refere à tomada de decisão a partir da compreensão da importância da existência de um órgão especializado para centralizar e coordenar a atuação da instituição contra a tortura no seu âmbito federativo. Logo, a Defensoria, dentro da sua autonomia institucional, deve decidir entre estabelecer um novo órgão especializado ou designar um órgão interno já existente (Núcleos, Coordenadorias, órgãos especializados em Direitos Humanos ou execução penal etc.).

O órgão com tal atribuição deve, preferencialmente, ser composto por integrantes com mandato definido e expressa previsão de prerrogativas específicas, e se possível, previstas em um regimento interno próprio e, preferencialmente, consolidadas na lei orgânica respectiva a partir da iniciativa de lei da instituição. Essa é uma garantia de estabilidade e independência funcional para assegurar o absoluto respeito ao exercício de suas funções, livre de ingerências e controles indevidos por parte de outros poderes estatais (OEA, 2016).

Em complemento, o trabalho do órgão será mais bem desenvolvido se apoiado em corpo de servidores próprios — ou por meio de convênios com outras instituições — com especialidades e conhecimentos técnicos diversos do jurídico. Desse modo, entre outras, serão relevantes as atuações de profissionais

de medicina — como clínicos gerais e psiquiatras —, psicologia, assistência social e antropologia. O que pode ser complementado por convite para participação de especialistas convidados, assim como por adesão de integrantes colaboradores com vínculo voluntário.

A composição geral do órgão, considerando os membros, servidores, colaboradores e especialistas conveniados e/ou convidados, deve buscar um equilíbrio de gênero e a representação adequada de grupos étnicos e socioculturais, assim como o diálogo próximo com grupos da sociedade civil diretamente afetados pela violência de Estado. Essa diversidade, conforme finalidade perseguida pelo OPCAT, permitirá uma atuação mais democrática, respeitosa e sensível às questões específicas dos diversos grupos vulnerabilizados, especialmente nos centros de detenção.

Uma vez estabelecido/designado o órgão, seus integrantes e suas prerrogativas, um possível e interessante passo seguinte é o de elaborar um plano estadual, com desdobramentos regionais e locais. O planejamento poderá ser composto por um plano estratégico e um plano operacional.

O plano estratégico deve ser orientado para um período de longo prazo, com previsão de objetivos globais de mudanças a serem promovidas por sua atuação. Nele, serão definidas as suas prioridades, como o desenvolvimento interno do próprio órgão ou de mudanças estruturais a serem promovidas no âmbito da sua atuação.

O plano operacional trata de um período delimitado e mais curto, de modo que deve ser renovado ao seu final (a cada ano, por exemplo). Nele, serão estabelecidas estratégias específicas, como definição das atividades para o período (inspeções, visitas, campanhas etc.), fluxo das atividades, indicadores de acompanhamento. Tudo com flexibilidade e real dimensionamento das capacidades e possibilidades do órgão.

A partir do planejamento realizado, o órgão especializado deve estabelecer um sistema regular de visitas de caráter preventivo. Assim, planejar, realizar e monitorar visitas a centros de detenção, a serem realizadas, preferencialmente, por no mínimo 03 integrantes, entre membros, servidores e especialistas conveniados, colaboradores e/ou convidados.

As visitas devem ser regulares, periódicas e, em regra, não anunciadas, com o objetivo de identificar causas estruturais, entender questões sistêmicas e buscar formas de solucioná-las. As visitas não anunciadas são também um aspecto fundamental à perspectiva preventiva, pois implicam que os centros de detenção

devem estar sempre preparados e que não poderão “maquiar” as condições da unidade para a fiscalização. Ou seja, elas são proativas e não são reações a denúncias ou incidentes específicos (IIDH, 2010). Para tanto, é recomendável a elaboração de um programa de visitas como ferramenta de planejamento para determinar os locais a serem inspecionados dentro de um período determinado, que pode ser anual, semestral ou trimestral.

Nesse sentido, o programa deve incluir, idealmente, diversos tipos de visitas de caráter preventivo, como: as inspeções aprofundadas, para uma compreensão mais ampla do local de detenção a partir de uma análise detalhada e variada dos diversos aspectos da unidade; as inspeções temáticas, para verificação de pontos específicos, como tratamento conferido às mulheres ou população LGBTQIA+ privada de liberdade ou as formas de isolamento solitário; e inspeções de acompanhamento (ou seguimento), para supervisionar a implementação das recomendações e relatórios anteriores, além de gerar um efeito inibidor a retaliações a detentos ou funcionários que tenham colaborado com inspeções anteriores.

Não obstante, é possível a realização de visitas *ad hoc*, em razão de um caso ou incidente específico, como eventos trágicos; e visitas de caráter reativo, em razão de denúncias específicas. Cada instituição precisará debater e descobrir o seu caminho para lidar com o desafio representado pela questão do risco de se desvirtuar a prioridade preventiva do órgão especializado proposto e se transformar em uma atuação meramente reativa — o que pode ser solucionado pela atribuição da atuação reativa a outros órgãos ou mesmo defensores(as) com atuação no tema e/ou localidade.

A elaboração de recomendações e observações às autoridades públicas ou privadas responsáveis pelas pessoas em locais de privação de liberdade é o passo seguinte à realização das inspeções, seja no relatório a ser produzido após uma visita — inclusive, em recomendações urgentes — ou em eventual relatório temático. Mas também podem ser realizadas de forma mais ampla e sistêmica, em um relatório anual.

Na perspectiva de um diálogo construtivo com o Poder Público para realizar mudanças efetivas, o objetivo das recomendações é tratar tanto das questões complexas e sistêmicas que possam criar condições para tortura e maus tratos no curto, médio ou longo prazo; quanto de questões pontuais, de modo que não se tornem grandes questões no futuro — casos em que podem ser feitas imediatamente por meio de “observações preliminares” ao fim da visita (IIDH,

2010). Ademais, esgotadas as tentativas extrajudiciais, é possível que o relatório e os documentos produzidos na inspeção e na fase de acompanhamento subsidiem o ajuizamento de ações individuais ou coletivas pelo próprio órgão, por outro órgão correlato ou pelo(a) defensor com atribuição na ponta.

O desenvolvimento de uma estratégia de acompanhamento das recomendações é essencial para que a(s) visita(s) a um local de detenção e as respectivas recomendações não sejam uma ação de pouca efetividade. O que também é importante para se avaliar o alcance dos indicadores de progresso estabelecidos no planejamento, assim como identificar estratégias bem-sucedidas e definir futuros objetivos e prioridades para um novo ciclo.

Por fim, o órgão especializado também pode elaborar um relatório anual, em que relacione as principais atividades realizadas, assim como as recomendações mais importantes, especialmente aquelas de característica sistêmica e estrutural. O relatório anual também serve como instrumento de análise de alcance de metas propostas e de divulgação da atuação do órgão.

Assim, as recomendações devem integrar um ciclo geral de monitoramento, que será composto desde o planejamento, com os planos e o programa de visitas; seguindo pela coleta e análise de informação — por meio de visitas, denúncias e diálogo com os defensores Públicos com atuação no tema e/ou localidade-; seguida da elaboração de relatórios e recomendações; até o acompanhamento e diálogo constante e construtivo com as autoridades responsáveis.

3. Conclusão

A prevenção e o combate à tortura exigem uma atuação estratégica, eficaz e especializada. De modo que, entre os caminhos possíveis de serem trilhados pela Defensoria Pública para se organizar e se estruturar para uma atuação no tema, se propõe um caminho baseado na experiência internacional e que se integre ao modelo em desenvolvimento a partir do Sistema Onusiano, com foco em uma perspectiva preventiva e proativa em rede.

Os Mecanismos Preventivos Nacionais — inspiração do desenho institucional proposto — foram desenvolvidos a partir da constatação prática da incapacidade de um único órgão internacional, como o SPT, de planejar, organizar e realizar visitas regulares a centros de detenção espalhados pelo globo terrestre. De modo que, com sua representação geográfica e cultural, os MPNs conferem capilaridade e capacidade de ação, em sincronia com o SPT. Assim, o sistema de prevenção foi desenvolvido para se basear em relações triangulares entre o SPT, os MPNs e os

Estados-parte. O que tem a finalidade de promover a sua maior efetividade por uma interlocução em um processo de cooperação e diálogo contínuo e de longo prazo (IIDH, 2010).

Neste contexto, argumentamos que o fortalecimento de sistemas capilarizados, qualificados e regulares de fiscalização de unidades prisionais representam um importante passo na abertura desses espaços ao controle social externo e na garantia de transparência institucional. Assim, a proposta apresentada nesse artigo se insere em uma perspectiva mais ampla de políticas públicas voltadas ao enfrentamento do “estado de inconstitucionalidade de coisas” do sistema prisional brasileiro.

A implementação total ou parcial desse rol não exaustivo de propostas de ações pode contribuir para uma atuação da Defensoria Pública contra a tortura. Isso porque a instituição possui o poder-dever de realizar a aposta constitucional em sua identidade como “expressão e instrumento do regime democrático” que é incumbida da “promoção dos direitos humanos”.

Entre os caminhos possíveis, o que é fundamental é que a Defensoria Pública efetive uma atuação estratégica que possa mitigar os riscos de tortura e maus tratos. Logo, possibilitar a construção de um ambiente em que a tortura seja improvável, conforme objetivo de longo prazo do OPCAT.

4. Referências

AARÃO REIS FILHO, Daniel. *Ditadura e democracia no Brasil: do golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

ANDRADE, B.; GERALDO, P. O outro lado da moeda: uma análise das práticas de negação de direitos das mulheres no cárcere. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 2, jun. 2020, p.33–47.

ASSOCIAÇÃO PARA PREVENÇÃO DA TORTURA. *Um recurso da APT para MNPs novos e MNPs já operacionais*. NPM Toolkit, Genebra. Disponível em: <<https://www.apr.ch/pt/centro-de-conhecimento/npm-toolkit>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE (APT) & INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS (IIDH). *Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura*. Manual de Implementação. Genebra: Oficial de Publicações, APT, 2010.

BOGO, L.A. *A capitalização do tempo social na prisão*. A remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade. Tese (Doutorado em Sociologia) — Programa de Pós-Graduação — Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006. 292p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

_____. Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683compilada.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

____. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

____. Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

____. Lei n.º 12.847, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

____. Lei complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

____. Decreto n.º 8.154, de 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8154.htm#art26>. Acesso em: 18 jun. 2022.

____. Decreto n.º 6.085, de 19 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%206.085%2C%20DE%2019%20DE%20ABRIL%20DE%202007.&text=Promulga%20o%20Protocolo%20Facultativo%20C3%A0,18%20de%20dezembro%20de%202002>. Acesso em: 18 jun. 2022.

____. Decreto no 98.386, de 9 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm#:~:text=DECRETO%20No%2098.386%2C%20DE,Prevenir%20e%20Punir%20a%20Tortura>. Acesso em: 18 jun. 2022.

____. Decreto no 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

____. Ministério dos Direitos Humanos. Portaria n.º 354, de 22 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=27/11/2018&jornal=515&pagina=81>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

CALDEIRA, T.P.R.; HOLSTON, J. Democracy and violence in Brazil. *Comparative studies in society and history*. Reino Unido, Cambridge University Press, v. 41, issue 4, p. 691–729, oct. 1999.

CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. Exclusão discursiva e sujeição civil em tempos de pandemia no Brasil. Blog Ciência & Matemática. *O Globo*, 8 jun. 2020. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/ciencia-matematica/post/exclusao-discursiva-e-sujeicao-civil-em-tempos-de-pandemia-no-brasil.html>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

CASSARES, L. M. M. D. *Kizomba: a Constituição-potência da Defensoria Pública brasileira*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 210p. 2019, p. 155–159. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/46529/46529.PDF>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas, 2017. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. S. *Prinípios institucionais da Defensoria Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 13.º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, 2109. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/13-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>. Acesso em: 18 jun. 2022.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura*; manual de implementação (edição revisada). — San José, C.R.: IIDH, 2010. Disponível em: <<https://www.apt.ch/sites/default/files/publications/OPCAT%20Manual%20Portuguese%20Revised%202010.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

KANT DE LIMA, R. Direitos Civis, Estado de Direito e “Cultura Policial”: a formação do policial em questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 41, 2003. p. 241–256.

MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, T. B. *Citizenship and social class*. v. 2. Londres: Pluto Press, 1992.

MEDEIROS, F. Sobre discursos e práticas da brutalidade policial: um ensaio interseccional e etnográfico. *Revista ABPN*, Guarulhos, n.11, 2019. p. 108–129.

MELO, J. G.; RODRIGUES, R. Notícias de um massacre anunciado e em andamento: o poder de matar e deixar morrer à luz do massacre no Presídio de Alcaçuz, RN. *Rev. Bras. Secur. Pública*, São Paulo, v. 11, n. 2, 2017. p. 48–62.

MISSE, M. Crime, sujeito e sujeição criminal; aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria ‘bandido’. *Lua Nova*, São Paulo, n. 79, 2010. p.15–38. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64452010000100003>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), de 14 junho 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18), de 5 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2928_XLVIII-O-18.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022.

MATIAS, H. F. Prevenção e combate à tortura na atuação institucional da Defensoria (parte 1). *Tribuna da Defensoria*, Conjur, 25 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-25/tribuna-defensoria-prevencao-combate-tortura-atuacao-defensoria-parte>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

MATIAS, H. F. Prevenção e combate à tortura na atuação institucional da Defensoria (parte 2). *Tribuna da Defensoria*, Conjur, 27 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/tribuna-defensoria-prevencao-combate-tortura-atuacao-defensoria-parte>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA (MNPCT). Relatório Bianual (2018–2019). COSTA, Adriana R. F.; MELO, Daniel C.; Silva, Luís Gustavo M. (org.), 2020.

PARAÍBA. Lei estadual n.º 9.413, de 12 de julho de 2011. Disponível em: <http://sapl.al.pb.leg.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/10005_texto_integral>. Acesso em: 20 jul. 2022.

PERNAMBUCO. Lei estadual n.º 14.863, 7 de dezembro de 2012. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=1&numero=14863&complemento=0&ano=2012&tipo=&url=>>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

PETTERS MELO, M. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina. *Revista da Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília: Ministério da Justiça, n.º 5, jan./jun., 2011. p. 143–144.

RIO DE JANEIRO. Lei n.º 5778, de 30 de junho de 2010. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/abd38a182e33170383257757005bdb5c?OpenDocument&Highlight=0,5778>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

RONDÔNIA. Lei n.º 3.262, de 5 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://sapl.al.ro.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2013/6555/6555_texto_integral.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

RAMOS, A.de C. *Curso de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARMENTO, D. *Autonomia da DPU e limites ao poder de reforma da Constituição*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015. 25p.

SINHORETTO, J. O número de presos triplicou. Quem está sorrindo? *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, n.9, 2015. p. 84–85.

VOLIO, L. G. The Institution of the Ombudsman; the latin american experience. *Revista IIDH*, v. 37, 2003.



Prisões e apreensões: uma análise do desempenho da política de drogas adotada pelo Brasil

Arrests and apprehensions: an analysis of the performance of the drug policy adopted by Brazil

SAMUEL MIRANDA COLARES

1º Promotor de Justiça de Patos/PB – MP/PB

Resumo: O consumo em massa de drogas é um problema público que vem sendo enfrentado há várias décadas, no Brasil e no mundo. O modelo escolhido pela lei brasileira, baseado em tratados internacionais sobre o tema, é a política conhecida como de “guerra às drogas”: severidade no trato criminal com traficantes, com penas de prisão elevadas, e proibição total do consumo de certas substâncias consideradas ilícitas, como maconha e cocaína. Aos usuários, a lei reserva um tratamento brando. Apesar de o consumo ainda ser criminalizado, as penas são leves (sem prisões). Contudo, há bastante insegurança jurídica quanto às condutas consideradas como tráfico ou posse de drogas para consumo pessoal. O resultado: elevação do número de prisões por tráfico de drogas. A presente pesquisa tem em vista analisar os resultados da política pública brasileira para as drogas, a partir de um modelo de análise de série temporal dos dados referentes às prisões por tráfico de drogas e de apreensões de drogas ilícitas — ao menos das mais consumidas, maconha e cocaína. Ao final, busca-se avaliar em que medida os resultados pretendidos pela *policy* são alcançados.

Palavras-chave: Política pública; Drogas; Análise.

Abstract: *The mass consumption of drugs is a public problem that has been faced for several decades, in Brazil and in the world. The model chosen by Brazilian law, based on international treaties on the subject, is the policy known as the “war on drugs”: severity in the criminal treatment of traffickers, high prison penalties, and total ban on the consumption of certain substances considered illegal such as marijuana and cocaine. To users, the law reserves a mild treatment. Despite the fact that consumption*

is still criminalized, the penalties are slight (no arrests). However, there is considerable legal uncertainty regarding conduct considered as trafficking or possession of drugs for personal consumption. The result: increased number of arrests for drug trafficking. The present research seeks to analyze the results of the Brazilian public policy for drugs, based on a time series analysis model of data related to arrests for drug trafficking and seizures of illicit drugs — at least the most consumed, marijuana and cocaine. At the end, it seeks to assess to what extent the results sought by policy are achieved.

Keywords: *Public policy; Drugs; Analyze.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A política brasileira para as drogas; 3. As prisões por tráfico, as apreensões de drogas e seu reflexo na política para as drogas; 4. Conclusões; 5. Referências.

1. Introdução

A política brasileira para as drogas segue uma lógica adotada pela legislação internacional sobre o tema. Desde 1961, os tratados internacionais a respeito do tema adotam duas premissas (“droga é um mal à saúde pública”; “o comércio ilegal de drogas ameaça as instituições estatais”) que levam a determinadas diretrizes: a proibição legal da venda de drogas e a criminalização do tráfico têm sido a marca da legislação brasileira, pelo menos desde 1940, com a edição do Código Penal. Tal política foi reforçada em 1976 e 2006, com a edição de leis específicas para tratar da questão das drogas (primeiro a Lei 6.368, de 1976, substituída pela 11.343, de 2006, atualmente em vigor). Os resultados perseguidos com tais políticas são bastante claros: a redução do consumo e a punição rigorosa do tráfico. Para tanto, a lei vigente nos últimos doze anos elevou sensivelmente o constrangimento para os traficantes e reduziu a praticamente nenhum o custo de quem é considerado apenas usuário.

Ocorre que, apesar de cerca de 60 anos desde a legislação internacional de combate ao uso de drogas entorpecentes, surge sistematicamente no noticiário brasileiro a informação de que o consumo de entorpecentes persiste como um problema público não resolvido no Brasil. Surge, então, a necessidade de avaliação dos resultados desta política adotada pelo país como forma de enfrentar este problema público representado pela disseminação dos entorpecentes.

A pergunta que se planeja responder na presente pesquisa é: a política pública brasileira para drogas tem, de fato, reduzido o consumo e diminuído o tráfico? Tal questionamento é relevante na medida em que se confunde com

os propósitos expressos da *policy*, positivados na Lei 11.343/2006. Ademais, a literatura médica elenca a redução do consumo de drogas como principal objetivo de qualquer política de saúde que pretenda combater os malefícios associados à droga. Para Duailibi, Vieira e Laranjeira,

o propósito primário de prevenção de álcool, tabaco e outras drogas (ATOD) é reduzir o uso da(s) substância(s) psicoativas e os problemas associados ao seu consumo. Esses problemas geram elevados custos referentes a saúde individual, custos sociais e legais e consequências adversas relacionados ao consumo de ATOD” (2011, p. 498).

Por sua vez, o tráfico de drogas tem-se revelado, de fato, atividade intimamente relacionada com o crime organizado, como menciona Mendroni:

Por ser atividade extremamente rentável, são inúmeras as organizações criminosas que o praticam. Os antigos cartéis colombianos (Cáli e Medellín) o praticavam como principal atividade, chegando a distribuir certas drogas por grande parte do mundo, especialmente a cocaína e a maconha, e atualmente na Colômbia a produção de drogas encontra-se mais descentralizada; já que as máfias russas, as italianas, as tríades chinesas, nigerianas etc., todas comercializam entorpecentes.

As máfias italianas tiveram o seu *upgrade* quando passaram a comercializar entorpecentes. Se o contrabando de cigarros foi negócio consideravelmente lucrativo, o tráfico de entorpecentes gerou riqueza enorme a mafiosos, especialmente do início dos anos 1970 ao final dos anos 1980, importando e processando morfina e vendendo heroína, principalmente para os EUA, realizando parceria entre a Cosa Nostra siciliana e a ‘Ndrangheta calabresa. Os próprios mafiosos admitem que “ficaram ricos” (2015, p. 66–67).

O tempo e as condições em que se propõe a fazer a avaliação da *policy* parece apropriado. A política pública já possui bastante tempo de implementação. Considerada apenas a lei atual, já se vão mais de 15 anos desde sua edição, em 2006. Os resultados decorrentes da escolha pública que culminou na Lei 11.343, em grande medida, já apareceram, sendo de rigor que trabalhos científicos avaliem as suas consequências.

Para cumprir o objetivo, no que se refere ao consumo de drogas, o ideal seria utilizar como variável a quantidade de usuários de drogas no país. Contudo, até a data de produção deste trabalho há disponíveis apenas duas pesquisas nacionais por amostragem domiciliar realizadas com tal objetivo, nos anos de 2001 e

2005, ambas realizadas pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID). Desta forma, não é possível a utilização desta variável, notadamente num modelo de série temporal, como o que se pretende empregar, a fim de verificar a eficácia da política pública no tempo.

Diante dessa dificuldade, elege-se como *proxy*, as apreensões de drogas ilícitas realizadas pela Polícia Federal e pela Polícia Rodoviária Federal. A escolha destas drogas não é aleatória. Segundo as duas já mencionadas pesquisas nacionais realizadas pelo CEBRID, em 2001 e 2005, a maconha é a droga ilícita mais consumida no país, tendo sido consumida na vida por 8,8% dos entrevistados da pesquisa realizada em 2005. Já a cocaína, por sua vez, embora seja apenas a quinta droga mais utilizada, por 3,6% dos pesquisados (2,9% sob a forma de pó inalante e 0,7% sob a forma de *crack*), é a segunda quando se analisa apenas produtos intrinsecamente ilícitos. As demais drogas mais consumidas que a cocaína (solventes, benzodiazepínicos e orexígenos) são substâncias lícitas, apesar de também causarem dependência, tendo seus malefícios controlados por outros mecanismos que não a criminalização de sua circulação, como a exigência de receita médica para venda e o controle dos pontos e quantidades de venda. Para tanto, os dados utilizados foram as informações prestadas pela Polícia Rodoviária Federal e pela Polícia Federal referentes às apreensões totais de cocaína e maconha feitas por cada instituição, mediante solicitação efetuada pelo autor, com base na Lei de Acesso à Informação. A PRF informou as quantidades totais de drogas apreendidas a partir do ano de 2001, até 2017. Já a PF disponibilizou unicamente os dados entre os anos de 2010 e 2017.

Outro dado a ser analisado diz respeito à quantidade de prisões pelo crime de tráfico de drogas. Uma vez que a política pública brasileira para as drogas se baseia fortemente na repressão criminal ao comércio de entorpecentes, é relevante analisar, com base nos dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em que medida a repressão vem acontecendo, e — mais importante que isso — qual o reflexo dessa repressão na redução do consumo e na disseminação do crime organizado.

A modelo de avaliação que se pretende empregar é o *pós-positivista*, no sentido exposto por Howllett (2013, p. 200). Com isso, quer-se dizer que a pesquisa não se limitará a expor os resultados matemáticos das variáveis mencionadas após a implementação da política pública, e sim que se debruçará sobre as consequências destes números em função das diretrizes eleitas pela própria política como sendo seus objetivos estratégicos. Em palavras mais simples: este trabalho se dedicará a

dizer se a política pública brasileira para as drogas é um sucesso ou um fracasso — ou em que medida alcançou tal resultado.

Informadas as balizas desta pesquisa, segue-se, propriamente, à análise da política brasileira para as drogas e à avaliação de seus resultados.

2. A política brasileira para as drogas

A política brasileira para as drogas é tratada pela legislação brasileira, essencialmente, pela Lei 11.343/2006. Apesar de ter sido editada no ano de 2006, a lei brasileira traduz-se na concretização daquilo que vem sendo proposto desde a década de 1960 no âmbito internacional: uma forte repressão ao comércio de drogas ilícitas, com previsão de multas elevadas, perdimento de bens e prisão, decorrente de uma dupla preocupação com problemas públicos. O primeiro, e mais óbvio, é em virtude de um problema de saúde pública, decorrente do uso abusivo de drogas, e todos os agravos de saúde relacionados à dependência química. O segundo problema público tratado pela política de drogas é o enfrentamento do crime organizado, na medida em que a atividade do tráfico de entorpecentes movimenta bastante dinheiro, e tem o potencial de empoderar grupos criminosos organizados.

A preocupação das nações a respeito dos malefícios trazidos pelo uso de drogas à saúde pública foi o principal fator que desencadeou a difusão da ideia de que o consumo de entorpecentes deve ser controlado e reprimido. A epidemia de uso abusivo de ópio na China do início do século XX, influenciada pelas Guerras do Ópio no século anterior, atingindo cerca de um quarto da população adulta masculina chinesa, foi o primeiro registro histórico dessa preocupação, resultando na realização da Comissão do Ópio de Xangai, em 1909,¹ e posteriormente na Convenção Internacional do Ópio, assinada em Haia, em 1912.

O primeiro tratado internacional de que se tem notícia a respeito das drogas, genericamente (e não apenas do ópio), foi a Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes de 1953. O documento já deixava claro desde o preâmbulo que a saúde pública era o motivo principal de procurar-se o controle da circulação de drogas. Diz-se o seguinte, para justificar a assinatura da referida convenção:

As Partes,

Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade (grifo nosso).

Reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável

¹ Escritório das Nações Unidas Para Drogas e Crime, 2018.

para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins.

Reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade (grifo nosso).

Conscientes de seu dever de prevenir e combater êsse mal (grifo nosso).

Considerando que as medidas contra o uso indébito de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal.

Julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns.

Reconhecendo a competência da Nações Unidas em matéria de controle de entorpecente e desejosas de que os órgãos internacionais a êle afetos estejam enquadrados nessa Organização.

O teor da Convenção de 1961 é marcante no sentido de obrigar os Estados nacionais a fiscalizar a produção e comércio das drogas nele listadas, destacando-se a folha de coca (de onde se extrai a cocaína), o ópio e a *canabis* (maconha), a quem o tratado internacional destina artigos específicos referentes a comércio e distribuição.

Outras novidades trazidas pela convenção foram a determinação de que fossem criminalizadas como tráfico as várias condutas anteriores à venda de drogas (como a posse, o transporte, o plantio, cultivo, oferta à venda etc.), além da previsão para o confisco de drogas apreendidas em decorrência do tráfico e o tratamento de saúde para toxicômanos. As ações que futuramente viriam a ser entendidas como tráfico de drogas eram várias, e constavam do artigo 36 da convenção, que assim dispõe:

ARTIGO 36

Disposições Penais

1. Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade.

A Convenção Única foi o primeiro documento internacional que institucionalizou uma política de repressão ao consumo de entorpecentes que seria conhecida como “*guerra às drogas*”, expressão imortalizada por conta de uma famosa entrevista concedida pelo então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, em 1971. Na ocasião, Nixon elegeu as drogas — abstratamente falando — como “inimigo número um” do país norte-americano, e liderou uma campanha “*por um mundo livre de drogas*”.

Ainda em 1971, foi editada a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Mais uma vez, um tratado internacional fora aprovado tendo como principal função controlar a produção, difusão e comércio de substâncias psicoativas, e expressamente manifestou preocupação com aquelas que causassem “*estado de dependência*” e/ou “*estímulo ou depressão do sistema nervoso central, provocando alucinações ou perturbações das funções motoras, ou do raciocínio, ou do comportamento, ou da percepção ou do estado de ânimo*” (artigo 2º, n.º 4 da convenção). Também se afirma, em diversas passagens do texto do tratado, a preocupação com a difusão de epidemias de doenças causadas pelo uso de drogas, ficando claro nas diversas menções a controle de venda, exigência de receita médica e notificação à Organização Mundial de Saúde de possíveis novas substâncias que causem os efeitos deletérios nela mencionados.

Por fim, a Convenção Contra Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, aprovada em Viena, em 1988, complementa a legislação internacional sobre o tema. Neste documento, a despeito de renovar-se a preocupação com os problemas de saúde pública advindos do consumo de drogas, há também um claro viés de enfrentamento ao tráfico de drogas como fonte de recursos para o crime organizado. Não por outra razão, o tratado prevê, pela primeira vez no âmbito da legislação internacional sobre o tema, a aplicação do confisco de bens advindos do tráfico de drogas ou de bens de valor equivalente ao produto do comércio ilegal de drogas (e não apenas da própria substância). Tal medida está prevista no artigo 5º da convenção:

ARTIGO 5

Confisco

1 - Cada parte adotará as medidas necessárias para autorizar o confisco:

- a) do produto derivado de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3, ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto;
- b) de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, das matérias e instrumentos utilizados ou destinados à utilização, em qualquer forma, na prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3.

2 - Cada Parte adotará também as medidas necessárias para permitir que suas autoridades competentes identifiquem, detectem e decretem a apreensão preventiva ou confisco do produto, dos bens, dos instrumentos ou de quaisquer outros elementos a que se refere o parágrafo 1 deste Artigo, com o objetivo de seu eventual confisco;

Outros dispositivos de destaque na Convenção para o Tráfico de 1988 são a facilitação da extradição de traficantes de um país para outro, bem como a previsão de diversas medidas de cooperação jurídica internacional entre os países signatários.

Neste contexto, observa-se que o Brasil optou por seguir diretrizes estabelecidas por diversos documentos internacionais, que viam nos problemas públicos decorrentes da livre circulação e comércio de drogas um *inimigo*. Uma vez identificado o inimigo, o Estado nacional brasileiro declarou-lhe *guerra* — a “guerra às drogas”. Daí o draconiano tratamento dado aos traficantes de drogas por parte da legislação brasileira, e seu esforço para reduzir o consumo.

Ocorre que a política pública brasileira vem sendo questionada em diversos trabalhos. Para Garcia, Leal e Abreu (2008, p. 273), por exemplo, a política brasileira para as drogas vem sendo ditada por interesses de grupos de pressão, e não pela genuína e cientificamente embasada preocupação com os malefícios das drogas à saúde pública. Conforme os referidos autores, *“a direção dada às políticas governamentais no Brasil caracteriza-se mais pela preponderância de modos de regulação de acordo com as demandas ou conveniências dos interesses de dirigentes políticos ou de grupos e corporações com influência sobre o Estado”*.

3. As prisões por tráfico, as apreensões de drogas e seu reflexo na política para as drogas

Uma análise a respeito dos dados do DEPEN sobre as prisões revela que nos últimos 13 anos houve um aumento exponencial da quantidade de pessoas encarceradas sob a acusação de tráfico de drogas. Os dados analisados tiveram sua coleta iniciada em 2005, e o último dado pesquisado refere-se ao ano de 2016.

Somando-se o quantitativo de presos de ambos os gêneros (homens e mulheres), pelos crimes de tráfico de drogas em sua forma simples ou tráfico internacional (causa de aumento de pena de um sexto a dois terços da pena, conforme o artigo 40, inciso I da Lei 11.343/2006), observamos que eram pouco mais de 32 mil presos no ano de 2005. Esse quantitativo aumentou todos os anos, exceto em 2014, quando ocorreu uma redução em relação a 2013, e chegou, em

dezembro de 2016, a 156.634 pessoas. A Tabela 1 demonstra o crescimento, trazendo o quantitativo total de pessoas presas por tráfico de drogas (soma de homens e mulheres), ano a ano.

Tabela 1 – Quantidade de pessoas presas por tráfico de drogas no Brasil.

ANO	PRISÕES TOTAIS
2005	32.880
2006	47.472
2007	65.494
2008	77.371
2009	91.037
2010	106.491
2011	125.560
2012	132.051
2013	145.797
2014	133.705
2015	152.794
2016	156.634

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)

Importante registrar que a prisão, intrinsecamente considerada, não é um objetivo da política pública. Trata-se apenas de um instrumento — dentre tantos outros — previsto na legislação para atingir seus objetivos estratégicos: reduzir o consumo de drogas e punir drasticamente quem a dissemina.

Seguindo o raciocínio adotado pela *policy*, essa quantidade crescente de presos por tráfico deveria se refletir numa redução do consumo de drogas. Esta, afinal, é a lógica esperada: considerando que o vendedor/difusor das drogas se encontra preso, espera-se que o fluxo de disseminação do entorpecente seja automaticamente interrompido. A prisão funcionaria, ainda segundo a lógica da lei vigente, como um constrangimento (o mais elevado possível) a quem pretende ingressar no comércio ilícito de drogas. Neste sentido, e considerando que o comércio de drogas (assim como o comércio de qualquer outra mercadoria) só se justifica racionalmente pela possibilidade de obter lucros, a lei espera de possíveis traficantes que ponderem o custo da prisão pela atividade ilícita.

Indispensável, pois, relembrar Downs (1999, p. 26) e sua análise econômica da democracia. Muito embora tratasse de escolhas a serem feitas no âmbito das

eleições, o raciocínio de Downs é perfeitamente cabível no âmbito das políticas públicas. Dizia ele que *“a análise econômica, portanto, consiste de dois importantes passos: descoberta dos objetivos que aquele que toma decisões está perseguindo e análise de quais meios de atingi-lo são os mais razoáveis, isto é, exigem a menor aplicação de recursos escassos”*. No caso da política para as drogas, a ameaça de prisão funcionaria, de acordo com a política brasileira, como um custo bastante elevado, o que desestimularia os potenciais traficantes a iniciar ou manter sua atividade criminosa.

Ocorre que as prisões decorrentes de acusações e/ou condenações por tráfico de drogas podem ocorrer não apenas em decorrência da venda, mas também de uma série de outras condutas relacionadas às drogas, como o transporte, manutenção em depósito, oferta etc. Diz o artigo 33 da Lei 11.343/2006, ao prever o crime de tráfico de drogas, que o delito se caracteriza com as seguintes condutas: *“importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”*. A pena prevista é severa: de cinco a quinze anos de reclusão.

Ainda conforme as diretrizes da política pública ora analisada, observa-se que a posse de drogas para consumo pessoal tem um tratamento diametralmente oposto ao do tráfico. O artigo 28 da Lei 11.343/2006, prevê que *“quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”* fica sujeito unicamente a penas alternativas, como advertência ou prestação de serviço comunitário, sem possibilidade de prisão. A distinção de tratamento entre traficantes e usuários, portanto, é grande: os primeiros recebem toda severidade que a lei pode prever; e os segundos, ao menos em tese, devem ser tratados como pessoas doentes, passíveis de aconselhamento e tratamento médico, e jamais frequentarão as prisões.

Todavia, a aplicação da lei, a cargo das Polícias (Civil e Militar), do Ministério Público e do Poder Judiciário, tem revelado resultados distintos daqueles pensados pela lei. Não é difícil compreender o motivo.

Uma leitura atenta dos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas revela que os verbos empregados no artigo 28 (*adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo*) estão, todos eles, também no artigo 33. A diferença de tratamento penal entre usuários e traficantes, portanto, não está nas condutas praticadas por um e

outro, sendo as mesmas, e sim na finalidade da conduta. Paradoxalmente, o crime menos grave (o do artigo 28), exige que se demonstre uma finalidade específica por parte do usuário ao adquirir, guardar ou transportar a droga (o consumo pessoal), enquanto o crime mais grave (o do artigo 33) não exige finalidade alguma. Portanto, se alguém é flagrado pela Polícia, por exemplo, transportando certa quantidade de droga, estará sujeito às penas do crime de tráfico, pouco importando se o faz para receber pagamento de um grande comerciante do entorpecente ou se por mero favor a um amigo. Não se exige da burocracia envolvida (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário) uma “prova negativa” no sentido de que a pessoa acusada “não transportava para consumo pessoal”.

Essas definições de tais crimes (tráfico de drogas e posse para consumo pessoal) na Lei 11.343/2006 não se alteraram em relação à lei anterior, a 6.368, de 1976. Ocorreu, no entanto, mudança significativa na cominação de penas previstas para os usuários. Na sistemática anterior, havia previsão de pena de prisão, de 6 meses a 2 anos de reclusão; na lei atual, somente penas alternativas. Essa mudança, possivelmente, tenha afetado o comportamento dos aplicadores da lei, conforme se vê adiante.

Segundo pesquisa de Campos e Alvarez (2017), realizada em delegacias de polícia de São Paulo, os registros criminais passaram a ser progressivamente maiores pelo crime de tráfico de drogas na comparação percentual com o delito de posse para consumo pessoal. A série temporal mostrada pelos referidos autores inicia-se em 2004 e vai até 2009. De acordo com o trabalho:

A principal implicação da “Nova” Lei de Drogas nestas duas regiões da cidade de São Paulo (Santa Cecília e Itaquera) foi justamente a rejeição do deslocamento do usuário de drogas para o sistema médico e o envio deste para o sistema de justiça criminal. Consequentemente, percebe-se o aumento do número de incriminados por tráfico de drogas, concomitantemente com a diminuição do número de incriminados por uso de drogas, à medida que passou o tempo de vigência da lei. Em suma, quanto maior a distância em relação ao ano de 2006, maior é o número de pessoas incriminadas por comércio de drogas e menor é o número de pessoas incriminadas por uso de drogas nessas duas regiões da capital paulista.

Uma leitura atenta dos dados do DEPEN quanto ao número de presos por tráfico, mostrados acima, de fato revela que a partir da vigência da lei atual (em outubro de 2006) houve um aumento significativo da quantidade de prisões pelo delito de tráfico. Infelizmente, porém, não há dados anteriores a 2005 que sirvam

de comparação com o momento posterior. A série temporal, porém, indica uma repressão criminal crescente às pessoas flagradas na posse de drogas, havendo a possibilidade sugerida na literatura (e com respaldo no texto da lei) de que dentre aqueles indicados como traficantes haja vários usuários.

O resultado esperado pela *policy*, então, sugere que o combate ao tráfico estaria sendo eficaz. Afinal, mais traficantes presos significaria que a disseminação da droga estaria sendo interrompida. No entanto, ao confrontar os dados relativos às prisões com as apreensões de drogas realizadas pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal, os resultados não se confirmam.

A julgar pelos efeitos esperados da política pública, mais prisões de traficantes significariam menos drogas circulando no país. Seria natural, portanto, que o crescente encarceramento de traficantes tivesse uma alta correlação em sentido negativo com as prisões (ou seja, mais prisões significariam menos apreensões de drogas). No entanto, submetidos os dados disponíveis a testes de correlação, esta hipótese não se confirmou.

A série temporal de apreensões de drogas analisada incluiu os dados disponibilizados pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal, referentes às apreensões de maconha e cocaína. A Polícia Federal informou suas apreensões no período de 2010 a 2017; já a PRF disponibilizou dados entre os anos de 2001 a 2017. Seguem os dados na Tabela 2:

Tabela 2 - Quantidade de drogas ilícitas apreendidas por ano.

Ano	Apreensão cocaína PRF (kg)	Apreensão maconha PRF (kg)	Apreensão cocaína PF	Apreensão maconha PF
2001	285	17.962		
2002	520	24.515		
2003	503	33.045		
2004	973	36.256		
2005	2.035	234.628		
2006	3.105	46.633		
2007	4.250	44.063		
2008	3.585	72.562		
2009	3.702	61.906		
2010	5.134	90.791	11.837	31.743
2011	5.936	59.836	10.618	9.950
2012	6.844	88.105	2.125	11.399

Ano	Apreensão cocaína PRF (kg)	Apreensão maconha PRF (kg)	Apreensão cocaína PF	Apreensão maconha PF
2013	5.863	117.674	2.891	76.221
2014	7.823	168.743	21.898	62.841
2015	7.641	164.530	5.218	36.937
2016	6.633	220.465	14.168	296.857
2017	9.127	387.874	27.248	90.141

Fonte: Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal.

Uma vez submetidos os dados das apreensões de cocaína e maconha (somadas as da PF e da PRF) a testes de correlação com as prisões por tráfico de drogas, seria esperado, conforme a *policy* brasileira para as drogas, que a escalada das prisões verificada nos últimos anos resultasse, paulatinamente, em menos apreensões de drogas com o passar do tempo. Afinal, o constrangimento imposto aos traficantes com a prisão (maior custo) desestimularia o comércio ilícito. No entanto, não foi o que se verificou.

Em relação às apreensões de cocaína, o teste de correlação com as prisões por tráfico até apresentou correlação negativa, porém em coeficiente muito pequeno (-0,083) e pouco significativo. Já em relação às apreensões de maconha, a correlação apresentou correlação positiva, em nível moderado (coeficiente de 0,672), e significância ao nível de 10% (Quadro 1).

Quadro 1 – Correlações

		Prisões por tráfico — total	Apreensão cocaína total 2010–17	Apreensão maconha total 2010–17
Prisões por tráfico — total	Correlação de Pearson	1	-,083	,672
	Sig. (2 extremidades)		,860	,098
	N	12	7	7
Apreensão cocaína total 2010–17	Correlação de Pearson	-,083	1	,631
	Sig. (2 extremidades)	,860		,093
	N	7	8	8

		Prisões por tráfico — total	Apreensão cocaína total 2010–17	Apreensão maconha total 2010–17
Apreensão maconha total 2010–17	Correlação de Pearson	,672	,631	1
	Sig. (2 extremidades)	,098	,093	
	N	7	8	8

Avaliando-se tais dados, a interpretação a que se chega é a de que os resultados esperados pela política, no que tange à redução da circulação de cocaína e maconha, nos anos de 2010 a 2017, não foram obtidos. O encarceramento em massa não vem resultando na diminuição da oferta de drogas no Brasil, de forma que o objetivo pretendido com a *policy* não vem sendo alcançado no período analisado.

Outro ponto que merece ser mencionado — embora não aprofundado, pois desborda dos objetivos deste trabalho — é que o aumento em grande escala do número de presidiários sob custódia do Estado tem consequências econômicas e sociais importantes. Cada apenado representa um custo elevado de manutenção para o Estado, referente a gastos com segurança, alimentação, limpeza, escolta para audiências etc. Além disso, há numerosas evidências de que as condições sabidamente precárias das prisões brasileiras contribuem para o crescimento de organizações criminosas nascidas no interior das cadeias. Várias facções criminosas brasileiras têm recrutado novos membros dentre apenados, oferecendo-lhes proteção e assistência em troca de fidelidade ao grupo criminoso, o que sugere que o encarceramento em massa de pessoas pelo delito de tráfico de drogas, além de ser pouco efetivo no combate a este problema público, pode insuflar outro tão ou mais perigoso.

4. Conclusões

A presente pesquisa se dedicou a analisar a política brasileira para as drogas. As conclusões sugerem que os resultados pretendidos pela Lei 11.343/2006 — a redução do consumo de drogas e a repressão severa do tráfico de drogas — não vêm sendo alcançados com as escolhas públicas feitas pelos *policymakers*. As drogas ilícitas mais consumidas no Brasil (maconha e cocaína) continuam ingressando e circulando no território nacional, abastecendo o mercado

consumidor de tais produtos, a despeito de a política escolhida, conhecida como de “guerra às drogas”, ter resultado num aumento expressivo do número de presos por tráfico de drogas.

Do ponto de vista da saúde público, não há evidências de que o consumo de drogas tenha diminuído no período analisado (entre 2010 e 2017), ante os dados de apreensões de drogas por parte das Polícias Federal e Rodoviária Federal. No âmbito criminal, o principal resultado alcançado — o aumento de prisões — é de duvidosa eficácia no combate à proliferação das drogas, além de potencializar o surgimento (ou agravamento) de outro problema público tão ou mais grave que o próprio tráfico: o crescimento de organizações criminosas, na medida em que há um fenômeno brasileiro de expansão de máfias de criminosos a partir do recrutamento de presidiários. O encarceramento em massa tem potencial para fomentar tais organizações, sem que, em contrapartida, sequer atenuem o problema do consumo massivo de maconha e cocaína.

Sugere-se, com este trabalho, que a partir destas conclusões se possa recolocar o problema público das drogas na agenda dos *policymakers*, a fim de que um novo desenho institucional para a política pública seja construído. Afinal, se o modelo empregado atualmente revela-se ineficiente, há que se pensar em novas soluções para o problema público, que atinge toda a sociedade, seja ceifando vidas atingidas diretamente pelo consumo de drogas (através dos malefícios de saúde causados pelo abuso de entorpecentes), seja empoderando organizações criminosas.

5. Referências

BRASIL. UNODC — Escritório de Ligação e Parceria. *Drogas: marco legal*. Brasília, 2022. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

CAMPOS, Marcelo da S.; ALVAREZ, Marcos C. Pela metade: implicações do dispositivo médico-criminal da “Nova” Lei de Drogas na cidade de São Paulo. *Tempo Soc.* [online], v. 29, n. 2, p. 45–74, 2017.

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução: Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999. 330p.

DUAILIBI, Sérgio. Políticas públicas para o controle de álcool, tabaco e drogas ilícitas. In: LARANJEIRA, Ronaldo; DIEHL, Alessandra (Org.). *Dependência química; prevenção, tratamento e políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Artmed, 2010, v. 1, p. 253–287.

GARCIA, Maria L. T.; LEAL, Fabíola X.; ABREU, Cassiane C. A política antidrogas brasileira: velhos dilemas. *Psicol. Soc.* [online], v. 20, n. 2, pp. 267–276, 2008.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública; seus ciclos e subsistemas; uma abordagem integral*. Tradução técnica: Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 3. ed., 2013.

MENDRONI, Marcelo B. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.



Mães órfãs: uma análise de casos de separação dos bebês de suas mães vulnerabilizadas sob a ótica da vida nua de Agamben

Orphan's mothers: an analysis of cases of separation of babies from their vulnerable mothers from the perspective of Agamben's bare life

JÚNIA ROMAN CARVALHO

Defensora pública do Estado de Minas Gerais em atuação na Defensoria Pública Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais. Graduada em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Sanitário pela ESP/MG.

GUILHERME FERREIRA SILVA

Advogado. Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre e graduado em Direito pela PUC Minas. Professor e assessor jurídico na Procuradoria-Geral de Contagem, MG.

Resumo: O estudo teve como objetivo analisar um caso de separação de um bebê de sua mãe em situação de vulnerabilidade pela aplicação de medida de abrigamento e colocação do bebê em família substituta à luz do conceito de vida nua desenvolvido por Giorgio Agamben. Diversas intervenções do sistema de justiça, desde o ano de 2014, separando mães e bebês ainda na maternidade, têm sido relatadas e denunciadas em artigos e pesquisas de várias áreas de conhecimento. Observou-se que as intervenções do sistema de justiça nas vidas de mães e bebês têm produzido impactos no sistema de assistência social e no sistema de saúde, afetando como é ofertado o cuidado a mães e puérperas. Adotou-se a metodologia de estudo de caso para compreender como tramitam os processos de medidas protetivas e quais são os fundamentos usados para afastar os bebês de suas mães.

Palavras-chave: Vida nua; Estado de exceção; Violência institucional; Mulheres em situação de rua.

Abstract: This study aims to analyze a case of a baby who were torn apart from their socially vulnerable mother by the application of sheltering measures and placing of the baby in a substitute family, all in the light of the concept of bare life, developed by Giorgio Agamben. Several interventions of the justice system, which has separated mothers from their babies whilst still in maternity, have been reported and denounced in articles and researches of different areas of knowledge since 2014. It has been observed

that the judicial system interventions are causing impact in the social assistance system as well as in the public healthcare system, which affects the way assistance is given to mothers and postpartum women. It's been adopted a case study methodology seeking to understand how protective measure Lawsuits proceed and what are the fundamentals used to separate the babies from their mothers.

Keywords: *Bare life; Exception state; Institutional violence; Homeless women.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Vida nua, estado de exceção e panoptismo; 3. Relato do caso; 4. Discussão do caso; 5. Impacto das Recomendações n.ºs 5 e 6 no sistema de saúde; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. Introdução

No ano de 2014, chegaram à Defensoria Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais casos de mães que tiveram alta hospitalar sem seus bebês durante o período puerperal e o conhecimento de que vários outros casos estavam acontecendo em Belo Horizonte. Iniciou-se um movimento de resistência de caráter interdisciplinar, atualmente denominado Coletiva de Apoio às Mães Órfãs, que passou a denunciar os fatos em diversas audiências públicas, seminários e palestras de âmbito local, estadual e federal.

Neste sentido, a investigação acadêmica foi proposta a partir da atuação profissional junto à Defensoria Pública de Minas Gerais e da atuação dos demais atores sociais envolvidos no movimento de tutela dos direitos fundamentais das mães.

A pesquisa, portanto, deu-se a partir de estudos realizados desde então, em diversas áreas de conhecimento e com abordagens e enfoques distintos. A gravidade da questão, a importância do movimento de resistência criado em Belo Horizonte e os questionamentos levantados pelas mães que perderam seus filhos para o estado tornam importante a análise do comportamento dos profissionais do sistema de justiça, de saúde e de assistência social e dos impactos que trazem para as mães e famílias atingidas e para o sistema de saúde.

O objetivo do estudo foi analisar o teor das manifestações contidas nos processos judiciais de Medidas Protetivas proferidas por promotores de justiça, juízes, equipes psicossociais de maternidades, de abrigos e do judiciário que justificaram o abrigamento e a colocação em família substituta, gerando graves consequências para a saúde de ambos. Dessa forma, como objetivo reflexo, busca-se criticar e denunciar processos de invisibilização, como instrumento de combate à violação de direitos humanos e redução das vulnerabilidades em face

daquelas que deveriam receber acolhimento do Estado e, de forma contrária, recebem mais violência.

Utilizou-se o método de estudo de caso com os objetivos específicos de pesquisar qual foi o rito processual estabelecido; quais foram as oportunidades de defesa e de produção de provas no processo analisado; quais estudos sociais foram realizados sobre as famílias envolvidas; qual foi o apoio ou suporte ofertado às mães e às famílias extensas para possibilitar a permanência do bebê com sua família.

O Estudo de Caso é apresentado a partir da análise do processo de aplicação de medidas protetivas n.º 0937074-95.2016.8.13.0024. Registra-se que foi ponderada a necessidade ou não de explicitação do número do processo, sendo que, para cumprimento dos requisitos metodológicos da ABNT, é imprescindível que a fonte primária seja indicada. Para evitar a exposição excessiva e a repetição, posto que o processo corre em segredo de justiça, nomeado como Processo 1. As citações do processo serão efetuadas por folhas (f) ou verso de folha (v) porque assim são numerados e não coincide com a numeração por páginas adotadas nos livros. Para proteger as partes envolvidas, todos os nomes citados são fictícios. Os serviços de acolhimento serão nomeados apenas como abrigo e os nomes dos profissionais que atuaram nos casos serão omitidos. As datas apresentadas são reais e serão mantidas para que os prazos e os intervalos entre os atos processuais sejam observados.

Como referencial teórico foi adotada a teoria de análise do Estado de Exceção desenvolvida por Giorgio Agamben nos Livros: *Estado de Exceção — Homo Sacer II, I e Homo Sacer I — O poder soberano*, e as teorias da biopolítica e do panoptismo sustentadas por Michel Foucault em *Vigiar e Punir*.

O artigo foi elaborado a partir do Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Sanitário que trazia o estudo de dois casos. Considerando o limite de espaço do artigo, optou-se por apresentar o estudo de um caso, mantendo a profundidade necessária à compreensão do tema. Foram descritos os atos mais importantes e narrados de forma sintetizada, no intuito de demonstrar as diversas formas de invisibilizar e marginalizar as mães que tiveram seus direitos violados.

Dessa forma, no capítulo 2 são apresentados os conceitos desenvolvidos por Agamben e Foucault que serão utilizados na discussão do caso; no capítulo 3, relato do caso escolhido para análise: Alice, o companheiro Lucas, o bebê e a avó paterna; no capítulo 4 é discutido o caso à luz dos conceitos apresentados por

Agamben e Foucault em cotejo com a legislação processual e protetiva aplicável ao caso; no capítulo 5 foram analisados alguns impactos das Recomendações n.ºs 5 e 6 da 23ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude Cível e da Portaria n.º 3 da Vara Cível da Infância e Juventude de Belo Horizonte no Sistema de saúde. Ao final são apresentadas as considerações sobre o tema de estudo.

2. Vida nua, estado de exceção e panoptismo

Para a análise proposta neste trabalho, é necessário que sejam inicialmente estabelecidos os pressupostos teóricos que servirão de marco para a crítica final. Por isso, ainda que sintetizadamente, são utilizados conceitos propostos por Giorgio Agamben (2002 e 2004) e por Michel Foucault (2008).

Agamben apresenta uma figura do direito romano arcaico, o *homo sacer* para analisar a vida nua e sua ligação como o estado de exceção (AGAMBEN, 2002). O *homo sacer*, o homem sacro ou sacralizado, não poderia ser condenado à morte, pela sacralidade que guardava, poderia, contudo, ser morto sem que o responsável por sua morte fosse julgado ou respondesse por algum crime. Um ser destituído de sua humanidade, como se já pertencesse aos deuses, com a possibilidade de ser morto e simplesmente retornaria à divindade a qual pertencia. A sua vida, inteiramente fragilizada e exposta, não dispunha de qualquer proteção pelo Estado, era uma vida nua.

A partir da detalhada análise do instituto romano do *homo sacer* e dos estudos e comparações que desenvolve, Agamben chega à existência do *homo sacer* nos estados totalitários modernos, principalmente no regime nazista alemão, mas identifica a persistência dessa vida nua atualmente em estados autoritários e até mesmo nos estados democráticos (AGAMBEN, 2002).

A vida nua não está protegida pelo direito, é excluída do direito, do ordenamento jurídico e capturada pelo poder soberano. Está em relação com o direito que a inclui apenas para produzir a exclusão. Agamben (2002, p.16) aponta que a origem oculta do poder soberano está na captura da vida nua pelo poder político e busca em Foucault a conceituação de biopolítica.

Foucault identifica na Idade Moderna o momento em que a política passa a ser biopolítica, porque a vida natural, que na idade antiga não interessava ao poder, começa a ser incluída nas estratégias políticas do poder estatal (FOUCAULT *apud* AGAMBEN, 2002, p. 11).

Agamben passa sua análise pelas democracias modernas, nas quais a exceção já estava presente e possibilitou o surgimento de estados totalitários como o alemão e o italiano.

A vida nua é apropriada pelo poder soberano no estado de exceção e está exposta nos campos — termo mais usado pelo autor para fazer menção aos campos de concentração — despida de que qualquer direito, de qualquer proteção.

O estado de exceção é, para Agamben, um espaço contraditório no qual a vontade do poder soberano tem força-de-lei, mas, simultaneamente, a lei não existe porque foi suspensa pelo soberano, uma força-de-lei sem lei, posto que o poder está concentrado no executivo e o legislativo está inativado. Nestes cenários de exceção haveria uma confusão entre executivo e legislativo, com todas as atribuições concentradas no soberano. Assim, defende que a melhor representação da força-de-lei no estado de exceção seria força-de-lei, com o termo lei cortado, excluído (AGAMBEN, 2004, p. 61). Como exemplo, ele traz a fala de um oficial nazista, ao ser julgado, que representa a questão: “a palavra do Führer tem força-de-lei” (AGAMBEN, 2004, p. 60).

A força-de-lei está presente e frequente no estado de exceção, não apenas no nazismo e no fascismo, mas permanece atualmente. Agamben entende que é urgente estudar o estado de exceção, porque vivemos nele, no *arcanum imperii*, estamos cercados por poderes que não possuem relação com a vida (AGAMBEN, 2004, p. 131).

Argumenta, ainda, que essa máquina do poder se mostra eficaz, apesar de vazia, e que se mantém em funcionamento desde a primeira guerra e está atualmente espalhada pelo mundo com a violência governamental que desrespeita e ignora internamente o âmbito externo do direito, vindo de declarações, convenções e pactos internacionais.

Foucault, por sua vez, traz em *Vigiar e Punir* (2008), as formas como, a partir do século XVIII, o poder estatal e capitalista passa a fabricar corpos dóceis, corpos moldados pela disciplina de forma que alcançassem uma potência física, mas sem as características da vontade.

O autor analisa como os treinamentos impostos aos soldados e pelas instituições de ensino passam a moldar o ser humano, como numa fábrica de docilidade. O controle sobre os corpos por meio de mecanismos de vigília, da maneira de ocupar o tempo e de disciplinar com mais tarefas, caracterizando maneiras de tornar os corpos dóceis, que seriam eficientes, mas não questionadores.

Outro conceito desenvolvido por Foucault (2008) o qual é considerado importante para o estudo é o panoptismo. O autor descreve o Panóptico como um modelo prisional desenvolvido por Bentham no qual as celas ficavam dispostas numa torre, cada uma com uma abertura para fora para que a luz do

dia iluminasse bem a cela e com abertura maior para o centro onde ficavam os guardas. As laterais eram fechadas, de forma que um preso não tinha qualquer contato com outro. O preso era sempre visto, não havia como esquivar-se do olhar dos guardas, mas os guardas que o vigiavam nunca eram vistos, de forma que o preso se sentia, o tempo todo, sob vigilância.

O panoptismo foi além do modelo de prisão descrito, tornou-se um sistema de vigilância constante do exercício de poder e passou a ser aplicado no cuidado e vigilância dos doentes, dos loucos, dos estudantes e dos operários. Era uma forma de multiplicar o número de vigiados e reduzir o número daqueles que exerciam o poder, numa pressão constante que agia antes que faltas fossem cometidas. Foucault destaca que as disciplinas passaram a funcionar como técnicas de fabricação de indivíduos úteis. A partir do panoptismo houve uma multiplicação da vigilância na sociedade, e a partir da vigilância a presença contínua do Estado a controlar as vidas, inclusive a partir das crianças (FOUCAULT, 2008, p. 170, 174 – 175).

Esse estado de vigilância permanente e uma arquitetura da biopolítica, bem como a percepção de que o Estado Democrático está eivado de vícios, tendo medidas de exceção que expõe a nudez da vida de indivíduos jogados à margem, são percepções teóricas que nos ajudam a fundamentar uma crítica do caso selecionado. Assim, para além da violação positiva de institutos jurídicos e direitos fundamentais, é demonstrado como os fatos que ocorreram servem para ilustrar as teorias estudadas em que o Estado tenta transformar o corpo das mães em objeto docilizado.

3. Relato do caso

O processo de aplicação de medida protetiva de acolhimento institucional do bebê de Alice e Lucas foi escolhido para análise por trazer um exemplo significativo do que tem sido apontado pelas mães destituídas do seu direito de cuidar do próprio filho e pelas equipes que as acompanham, publicados em artigos e pesquisas em Belo Horizonte e em outras cidades do Brasil.

Entende-se que análise do caso e a crítica ao teor e fundamentos das decisões expostas de separar os bebês de suas mães ainda na maternidade é de fundamental importância para contribuir com o registro histórico do que tem sido vivenciado, principalmente em Belo Horizonte, a partir de 2014, e para que se aponte outro modo de proceder a partir das pesquisas.

O processo de Alice e de Lucas, seu companheiro, teve início com o encaminhamento do caso para a Vara Cível da Infância e Juventude de Belo

Horizonte pela equipe de assistência de uma das maternidades públicas do município, noticiando o nascimento do bebê em 7 de julho de 2016. Isso após a equipe assistencial da maternidade concluir que o hospital estava impossibilitado de avaliar a capacidade protetiva familiar, mas dar alta para a mãe e manter o bebê internado.

O Conselho Tutelar relatou acompanhar o núcleo familiar desde 1999, que havia uso de entorpecentes por integrantes da família e que era “fragmentado pela desorganização, negligência, abandono, evasão escolar, violência psicológica/física, além do consumo de álcool e drogas.” Não apresentou, entretanto, a situação da família de forma mais detalhada para esclarecer quem usava drogas ou quem sofria violência; também não relatou se havia acompanhamento recente, contemporâneo da gestação, não deixou claro quem compunha o núcleo familiar, e se o acompanhamento era do núcleo familiar de Alice ou do núcleo familiar de Lucas (Processo 1, f. 7).

Esse relatório social da maternidade foi autuado como Medida de Proteção, por ordem do juízo. A decisão pelo acolhimento da criança e a comunicação de desligamento da maternidade aconteceu em 26 de julho de 2016. No dia seguinte a ordem de registro civil da criança foi expedida. O processo não começou por uma petição inicial, não houve intimação ou oitiva da mãe, ou do pai, e eles sequer foram intimados da decisão de abrigamento.

Alice não foi ouvida nos autos do processo e nem mesmo no abrigo, mas o juízo considerou inconveniente que ficasse com o próprio filho. Ela e o pai não tiveram a oportunidade de registrar o filho. A comunicação de nascido vivo foi encaminhada do hospital diretamente para a Vara Cível da Infância. A criança foi registrada por ordem judicial ao cartório, apenas com o nome da mãe.

O Plano Individual de Atendimento (PIA) elaborado pelo abrigo, juntado aos autos em 23 de agosto de 2016, trouxe uma fala imputada a Alice de que “compreende o motivo do acolhimento tendo em vista que violou o direito do filho.” (Processo 1, f. 28). As falas da avó paterna e de Lucas também não apareceram em manifestações diretas, mas com a visão da equipe psicossocial do que seria importante e digno de nota. Não consta no PIA, qualquer orientação expressa e clara de quais mudanças a família teria que fazer para ser merecedora da guarda da criança.

Alice não teve a chance de continuar amamentando seu filho. Há no PIA a notícia de que o bebê já chegou ao abrigo alimentado com fórmula infantil. Não consta menção alguma de organização e frequência de visitas para possibilitar a

amamentação. Apenas em outubro a equipe do abrigo alegou que desaconselhou a amamentação porque a mãe fazia uso esporádico de maconha, sem qualquer decisão judicial justificando o cerceamento do direito. Não consta dos autos qualquer orientação à Alice sobre a importância da amamentação e a importância de evitar o uso de substâncias entorpecentes durante o período de amamentação e sua fundamentação.

A avó paterna, em apoio a seu filho que ainda não tinha dezoito anos, providenciou a alteração do registro e pediu, assistida pela Defensoria Pública, em 20 de setembro de 2016, o desabrigoamento e a guarda do bebê. A Promotoria de Justiça pediu um relatório de acolhimento antes de manifestar-se sobre o pedido, mesmo já havendo nos autos um PIA recente.

A equipe do abrigo, e não do judiciário, visitou a família em 10 de outubro de 2016, mas o relatório circunstanciado só foi apresentado em juízo no dia 2 de fevereiro de 2017, quando a criança já estava com quase sete meses. A pobreza e a idade da avó paterna foram argumentos para desqualificar sua capacidade de cuidado, afirmando-se que tinha 61 anos, cuidava de um filho com deficiência, do filho adolescente Lucas e sua companheira Alice, de uma filha desempregada e quatro netos. O sustento da família vinha do trabalho dela como faxineira, do Benefício de Prestação Continuada (BPC) do filho e do bolsa família. Foram apresentadas denúncias vagas sobre a família paterna, sem descrição da fonte de informação e sem lastro probatório (Processo 1, f.56).

O relatório circunstanciado destacou elementos que se encaixavam nas descrições e restrições impostas pela Portaria n.º 3/VCIJ/2016, capazes de desqualificar, segundo tais critérios, o cuidado da família. Um filho que tinha trajetória de rua e que não morava na casa onde a criança poderia morar foi argumento que ganhou relevância no contexto da citada normativa. No documento não se vislumbra a busca pela inserção da criança na família extensa com orientações claras a serem seguidas.

O requerimento de desabrigoamento e concessão da guarda provisória da criança feito pela avó paterna foi indeferido pelo juízo, em 20 de fevereiro de 2017, com argumento genérico de assegurar o seu bem-estar, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Decisão que também determinou a colocação da criança em família substituta e suspendeu as visitas, sem ter ouvido a mãe, o pai, a avó paterna ou qualquer outro familiar, sequer uma vez, e sem ter oportunizado à Defensoria Pública o acesso ao relatório circunstanciado juntado ou à manifestação da Promotoria de Justiça. Só então

houve, pela primeira vez nos autos, a determinação de intimação dos genitores e da avó paterna para ciência da decisão. Intimação que não aconteceu, conforme destacou a Defensoria Pública em 26 de julho de 2018 (Processo 1, f. 229v). Alice e o pai da criança foram ouvidos em juízo pela primeira vez apenas em 26 de abril de 2017, na Ação de Destituição do Poder Familiar, nove meses depois da determinação de abrigo de seu filho (Processo 1, p.151-153v).

Logo após essa decisão, Alice ingressou na ação assistida pela Clínica de Direitos Humanos da UFMG (CdH/UFMG) vinculada à Divisão de Assistência Judiciária (DAJ), com uma petição que abordou detalhadamente os pontos fáticos e a legislação protetiva contida no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Foi a primeira vez que a versão de Alice sobre os fatos apareceu no processo. Chegou aos autos a notícia de que o uso que fazia de drogas era esporádico, sendo interrompido no quarto mês de gravidez, que buscou o Centro Mineiro de Toxicologia (CMT) com a expectativa de conseguir a guarda do filho e que esteve presente e frequente nas visitas ao filho no abrigo, mesmo com toda a dificuldade, por ser muito longe de sua residência. (CdH/UFMG — Processo 1, f.83).

A petição da CdH/UFMG, além de trazer um pouco da voz de Alice, destacou que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece que a criança deve ser criada e educada em sua família e apenas excepcionalmente em família substituta e que mesmo para a família substituta deve-se priorizar o grau de parentesco e a relação de afinidade ou afetividade, para minorar as consequências da medida. A humanidade de Alice apareceu pela primeira vez, inclusive por diversas fotografias dela e de seus irmãos com seu filho nos dias de visita no abrigo. Ainda que por meio de texto e imagens, haveria a possibilidade de a face da mãe voltar a ser vista diante de tantos processos de invisibilização, nos termos de Lévinas (1980), seria a oportunidade de o Estado agir inspirado por uma ética da alteridade.

Uma sentença de três parágrafos negou o pedido de desabrigo e guarda de Alice. Em suma, a decisão menciona que os fatos foram exaustivamente enfrentados, sem nenhum elemento novo, e remete à decisão de fevereiro de 2017. A Clínica de Direitos Humanos apresentou um recurso, agravo, contra a decisão que negou o desabrigo e a guarda para a avó.

O Setor de Estudos Familiares (SEF) da Vara da Infância apresentou, em 11 de setembro de 2017, um estudo técnico da família, cerca de sete meses após serem proibidas as visitas da mãe e da família e de estar a criança com uma família substituta. Os termos utilizados pela psicóloga e assistente social no estudo técnico

apresentado pelo SEF denotaram juízo de valor sobre os móveis que compunham as casas, sobre a conduta da mãe, sobre o tom de voz que usou, sobre a forma de falar e até sobre a fé demonstrada pela avó paterna.

O abrigo informou, em 7 de julho de 2017, que a criança estava abrigada há cerca de um ano, que a família não o visitava com regularidade e solicitou a colocação em família substituta (Processo 1, f.156 – 158), sem mencionar que as visitas da família foram suspensas em fevereiro, quando foi indeferido o pedido de guarda feito pela avó, e não foi escolha da família não visitar.

O Tribunal de Justiça, por acórdão de 27 de fevereiro de 2018, negou provimento ao agravo interposto por Alice, entendendo que não houve atentado ao devido processo legal pela ausência de escuta e de intimação da mãe e da família extensa vez que o afastamento da família natural não era definitivo e que o juízo “pode adotar providências e, na hipótese, protetivas, sem oitiva da parte contrária, objetivando a salvaguarda da felicidade e da higidez física e moral da criança” (Processo 1, f. 220). Da mesma forma que na decisão anterior, desqualificou o cuidado da mãe por usar drogas, considerou o seu esforço de buscar atendimento no CMT como não adesão, desqualificou o pai por ser ainda adolescente e trabalhar esporadicamente como ajudante de pedreiro e, por fim, desqualificou a avó por ter nove pessoas sob sua responsabilidade contando com uma renda baixa de BPC e Bolsa Família.

Negados os pedidos de Alice e da avó paterna, o pai, assistido pela Defensoria Pública, apresentou contestação com pedido de desabrigamento e guarda da criança, arguindo a nulidade absoluta do procedimento pela ausência de petição inicial e delimitação do pedido e pela violação do direito ao contraditório e à ampla defesa; alegou ainda a abolição dos procedimentos verificatórios inquisitoriais pelo ECA (BRASIL, 2021); o direito à convivência familiar; a necessidade de se esgotarem todas as tentativas de aplicação de todas as medidas menos gravosas; a necessidade de apresentação de um plano de ação e de designação de perícia; entre outros temas abordados (Processo 1, f. 230-242v).

Cabe destacar a manifestação da Promotoria de Justiça logo depois da petição de contestação apresentada por Lucas, alegando que o contraditório prejudicaria a criança e os pais que receberiam o menor, pois precisariam esperar os inúteis prazos processuais (Processo 1, f. 250 – 252). A adoção do contraditório, que seria a possibilidade de Alice, o pai, a avó e demais familiares saberem do que estavam sendo acusados e, em hipótese alguma, poderia prejudicá-los.

Seguiu-se uma sentença de difícil análise técnica, pela falta de fundamentação sólida. Isto, porque, em sete linhas, o juízo afirmou que nada tinha a prover, que a

decisão de colocação do infante em família substituta foi confirmada pelo TJMG e que a criança já estava sob a guarda de pessoas habilitadas para fins de adoção. (Processo 1, f. 253).

4. Discussão do caso

É discutido o caso relatado à luz dos conceitos apresentados e desenvolvidos por Agamben e por Foucault, em cotejo com a legislação protetiva e processual brasileira, além da Constituição Federal.

O acolhimento institucional dos bebês e sua colocação em famílias substitutas são medidas protetivas previstas no ECA, mas a escolha de medidas tão gravosas e como foram aplicadas exige um cotejo dos casos com a legislação. O ECA prevê nos arts. 98 e 101 diversas medidas protetivas aplicáveis quando os direitos nele previstos forem violados por falta, omissão ou abuso dos pais, ou em razão de suas condutas. A medida de acolhimento institucional é uma das mais gravosas entre aquelas elencadas nos incisos do art. 100 e deveria ser a *ultima ratio* como informa o § 1º do artigo, mas não foi o que aconteceu no caso tela.

Em um estado democrático de direito, Alice teria tido alta hospitalar com seu filho, já que ambos estavam saudáveis. O relato de uso de drogas durante a gestação justificaria a alta responsável com acompanhamento pela Gerência Distrital de Assistência à Saúde. O Conselho Tutelar deveria ter sido acionado depois da alta para realizar acompanhamento do caso e adotar as medidas de inserção em programas de proteção, apoio e promoção da família. Conforme o desenrolar do caso, a orientação e tratamento para o uso prejudicial de drogas poderiam ter sido indicados.

O acolhimento não poderia se dar direto da maternidade como aconteceu. Não havia qualquer situação omissiva ou comissiva de gravidade significativa para justificar uma medida extrema, com limitação de direitos maternas e da criança.

A história de Alice, Lucas, o bebê e a avó paterna desenvolveram-se de forma completamente diversa. O hospital descumpriu o estabelecido pela comissão perinatal ligada à Secretaria de Saúde. O Conselho Tutelar não avaliou o caso no momento atual, mas julgou a partir de um histórico antigo da família materna. O juiz determinou o abrigo num processo que sequer teve uma petição inicial com a delimitação do pedido ou a formação do contraditório.

Importante perceber que no rol de direitos fundamentais descritos no art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o inciso o LV impõe o contraditório e a ampla defesa em todos os processos judiciais ou administrativos. Tal direito

é a garantia às partes de se manifestarem no processo, de serem ouvidas, de exercerem ampla defesa. Câmara destaca que o princípio impõe a todo procedimento a necessidade da efetivação material da possibilidade de defesa, com a participação e não surpresa dos envolvidos diretamente no processo e nas decisões jurisdicionais (CÂMARA, 2022, p. 19) e, ainda, o autor destaca que o princípio é basilar no ordenamento vigente a ponto de podermos afirmar que o processo jurisdicional pode ser entendido como “procedimento em contraditório” (CÂMARA, 2022, p. 26).

No processo em análise não houve o contraditório, uma vez que não teve transparência dos fatos do processo e abertura de possibilidade de defesa das partes que tiveram seus interesses jurídicos violados. O processo deveria ter começado com uma petição inicial do Ministério Público pleiteando a aplicação de medida protetiva, de forma objetiva, e que em seguida fosse oportunizado o exercício da defesa. Alice e Lucas tiveram violados os direitos ao contraditório e à ampla defesa também por não serem ouvidos durante o processo.

Concorda-se com a afirmação de Agamben de que o estado de exceção é muito atual e que ele está presente inclusive nas democracias atuais. Normativas editadas por atos administrativos do Ministério Público e do Judiciário, que não passaram por um processo legislativo democrático, estabeleceram um rito inquisitório nos processos de aplicação de medida protetiva de afastamento do bebê de sua família. Uma parte do Estado avocou para si o poder soberano e ditou regras que adentraram na vida particular de sujeitos se qualquer oportunidade de defesa contra a medida totalitária. Os direitos fundamentais foram negados, ainda que vigentes no texto constitucional.

O art. 153 permitiria que se a medida a ser adotada não tivesse um procedimento específico, o juiz poderia investigar os fatos e ordenar providências de ofício, todavia faz no seu parágrafo único, uma ressalva fundamental: essa regra não se aplica para o fim de afastamento da criança de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos. Assim, o juiz jamais poderia ter determinado investigação da vida de Alice, do pai do bebê e de suas famílias e jamais poderia ordenar de ofício o afastamento do bebê de sua família.

Conferir procedimento inquisitivo, sem estabelecimento do contraditório, em casos para os quais a lei garante o procedimento contencioso, aparenta ato de exceção. O julgador assume o papel de soberano, acima da ordem jurídica, e toma sua decisão antijurídica, porém com a imposição da força estatal.

Alice, Lucas e a avó paterna foram ouvidos pela equipe técnica do abrigo, formada por psicóloga, assistente social e coordenadora, sem terem sido

advertidos que toda a apuração que se fazia poderia ser usada contra eles, como ocorreu, sem qualquer orientação jurídica.

Uma pessoa que tenha sua vida investigada teria o direito de saber que está sendo investigada e esse direito precisaria estar expresso e documentado, tal medida tem natureza de direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal. Durante a construção do PIA, do relatório circunstanciado e do estudo social, Alice, Lucas e a avó paterna não foram informados de que estavam sendo investigados, não consta dos autos qualquer documento por eles assinado, nem qualquer intimação ou notificação. Reitera-se que eles não foram chamados a integrar o processo e que não existiu o devido processo legal. Também não lhes foi oportunizado apresentar assistência técnica que acompanhasse o estudo social e as visitas técnicas realizadas pelas equipes do abrigo e do SEF.

Alice foi descrita pelas equipes de assistentes sociais e psicólogas da maternidade, do abrigo, do SEF, pelo Ministério Público e pelo Judiciário como usuária de drogas. Essa classificação corresponde ao ato do soberano que, no direito romano arcaico, declarava o *homo sacer*, a pessoa que não seria sacrificada, mas era matável, como descreve Agamben (2002). A vida de Alice, nua, estava desprovida de qualquer proteção de qualquer direito, da mesma forma que todos os seus familiares. A mãe de Alice é um não sujeito nesse processo porque também foi descrita apenas como usuária de drogas. Nem mesmo as equipes técnicas buscaram qualquer contato com ela; o seu nome mal é mencionado nesse processo.

Um dos objetivos do presente estudo era avaliar a fundamentação das decisões de afastamento dos bebês de suas mães, todavia, as decisões, sentenças e acórdãos judiciais do caso analisado são carentes de fundamentação em descumprimento ao que estabelece o art. 489 do Código de Processo Civil (CPC).

O CPC estabelece os elementos essenciais da sentença, neles incluídos os fundamentos de análise das questões de fato e de direito. A lei ainda estimula limites mínimos para considerar a decisão como fundamentada.

Neste sentido, ao analisar as referidas decisões, observa-se violações a este preceito normativo. Apesar do limite que o trabalho impõe, que impede a transcrição das sentenças, é importante pontuar sobre as ilegalidades que tornariam nula a decisão de f.10 – 11, do Processo 1: 1) ao determinar o abrigamento do bebê, o juiz indicou o uso de drogas pela mãe e pelo pai, mas não justificou porque esse seria um motivo para abrigamento; 2) citou o número do art. 101, § 1º do ECA (BRASIL, 2021), que trata da excepcionalidade do abrigamento, mas não justificou a existência da excepcionalidade da medida.

Em 20 de fevereiro de 2017, foi proferida a sentença que negou o requerimento de desabrigoamento e concessão da guarda provisória da criança, solicitado pela avó paterna e indeferido pelo juízo, que também não passa pelo crivo de legalidade. Observa-se que: 1) a sentença foi fundamentada no relatório circunstanciado produzido pelo abrigo, todavia invocou motivos genéricos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; 2) o uso de drogas (estendido na sentença para toda a família, divergindo até do relatório circunstanciado), seria fundamentação adequada para decisões diferentes, como inclusão em programas de auxílio, orientação e tratamento a toxicômanos ou requisição de tratamento psicológico, mas não para a retirada drástica de direitos tomada; 3) a sentença também não passou no crivo do artigo 489 do CPC vez que não fundamentou a colocação da criança em família substituta, medida extrema e muito gravosa, que não poderia ter sido tomada sem o estabelecimento do contraditório (Processo 1, f. 70-70v). Todavia, o TJMG julgou válida uma decisão que negou tantos direitos com apenas duas páginas de fundamentação e considerou que as teses apresentadas foram “exaustivamente apreciadas” (Processo 1, f. 149).

O Tribunal de Justiça, em decisão monocrática, de 11 de abril de 2017, negou efeito suspensivo ao agravo, mantendo a suspensão de visitas da família à criança e o encaminhamento para família substituta. Nesta decisão observa-se que o julgador (Processo 1, f. 160–163) citou a arguição de nulidade processual por inexistência de contraditório e de ampla defesa e a falta de oportunidade de Alice de participar do processo em que foi determinada a suspensão do direito de visitas ao filho, mas não enfrentou a nulidade arguida, ou seja, deixou de enfrentar argumentos deduzidos no processo. Ao afirmar que os interesses da criança deveriam prevalecer aos dos pais, empregou conceito jurídico indeterminado, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, descumprindo a previsão legal de fundamentação, além de desconsiderar a importância dos pais para a própria o próprio menor.

Além da ausência de fundamentação suficiente, observa-se nesta decisão a desqualificação da avó em função de sua “incapacidade financeira” (Processo 1, f. 163). É necessário salientar que o art. 23 do ECA (BRASIL, 2021) adverte que a incapacidade financeira não pode ser motivação para suspensão ou perda do poder familiar e em seu § 1º determina a inclusão da família de origem em programas de proteção, apoio e promoção. A decisão monocrática, de 25 de julho de 2017, contrariou texto expresso de lei.

Em acórdão proferido em 27 de fevereiro de 2018 (Processo 1, f. 220–223), o Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo interposto por Alice, entendendo

que não houve atentado ao devido processo legal pela ausência de escuta e de intimação da mãe e da família extensa ao argumento de que o afastamento da criança da família natural ainda não era definitivo.

O citado acórdão considerou desnecessário o contraditório no processo de natureza cautelar, além de considerar que o fato do juízo de primeira instância adotar providências para salvaguardar os interesses do menor não significou atentado ao devido processo legal. Os desembargadores empregaram conceitos jurídicos indeterminados como o “melhor interesse do infante” e invocaram motivos que poderiam fundamentar qualquer outra decisão ou qualquer outra medida protetiva, como a descrição da situação de pobreza da família, trecho idêntico ao citado na decisão monocrática. Contrariaram o previsto no parágrafo único do art. 153 do ECA, que exige procedimento contencioso para medidas de afastamento da criança de sua família de origem.

Além das falhas de fundamentação e de não ter cumprido com o papel que lhe cabe de revisor de decisões judiciais, o TJMG afirmou que não restou demonstrado que a criança estaria em melhores condições caso as visitas fossem realizadas, desvirtuando a proteção jurídica existente no contraditório, que não pode ser visto apenas como uma formalidade. A oitiva de todos os envolvidos possibilitaria encontrar a decisão mais acertada e que pudesse compreender a complexidade dos interesses envolvidos. Uma decisão sem esse pressuposto é um ato em que o julgador expõe apenas seu modo de entender o mundo.

A decisão do Tribunal de Justiça, com sua função revisora das decisões de primeira instância, deixou de zelar pelo contraditório e pelo devido processo legal, comprovando a atualidade e a urgência do estudo de Agamben (2004). O estado de exceção existe e permanece. Há um espaço vazio em que a lei não se aplica, ainda que ela exista. Os julgadores dialogam com a lei, mas negam sua aplicação.

O estado de exceção prevalece para o *homo sacer*, prevaleceu para Alice, a mãe sucintamente qualificada como usuária de drogas e que, por esse motivo, não teve o direito de ser ouvida e sua vida protegida pela lei ou pelo estado, bem como para a avó paterna do bebê, definida pela pobreza extrema e por esse motivo desqualificada para o cuidado. São vidas nuas destinadas ao campo, conforme o entendimento de Agamben (2002).

Foucault (2008) analisou que o panoptismo, como um consistente sistema de vigilância da biopolítica, deixou de se restringir às instituições fechadas e passou a se difundir e disseminar pela sociedade, a princípio por grupos religiosos e associações de beneficência com o intuito de prestar assistência, mas também de

difundir valores morais, crenças e obter dados. Os equipamentos de assistência social hoje existentes são destinados à proteção e vieram de um histórico de evolução social, mas guardam estreita ligação com seu passado assistencialista, disciplinador e moralizante.

A chamada guerra às drogas é uma dura realidade no Brasil e as estatísticas demonstram que ela faz muito mais vítimas do que o uso de drogas ilícitas. As vítimas não são apenas os milhares de jovens presos e assassinados; as gestantes e mães vulnerabilizadas, predominantemente negras, que admitiram o uso de drogas em algum momento de suas vidas, sofrem uma das mais duras penas até hoje conhecida: a perda de seus filhos.

Alice foi vigiada e julgada todo o tempo a partir de valores morais. A simples menção do uso de drogas desencadeou uma sequência de acontecimentos surpreendente. Qualquer uso de entorpecentes que Alice porventura tenha feito teve efeitos tão duros e prejudiciais quanto os julgamentos morais que foram a ela imputados. O Estado que marginaliza e invisibiliza pessoas a partir de um moralismo nada democrático se mostra ainda mais falido, e, em vez de possibilitar os cuidados de saúde, oferece a face do aniquilamento de direitos e desumaniza sujeitos.

5. Impacto das recomendações e da portaria no sistema de saúde

As Recomendações n.ºs 5 e 6, de 2014, expedidas pela 23ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude Cível de Belo Horizonte em 2014, e a Portaria n.º 3 da Vara Cível da Infância e Juventude de Belo Horizonte (VCIJBH), dirigidas às equipes de saúde da atenção básica e às maternidades públicas interferiram de forma muito severa nos atendimentos e cuidados com a saúde de gestantes, puérperas e de seus bebês, instituindo uma forma de vigilância e controle dos corpos assemelhado ao panoptismo estudado por Foucault (2008).

A Recomendação n.º 5 foi dirigida aos médicos, profissionais de saúde, diretores, gerentes e responsáveis por maternidades e estabelecimentos de saúde pública de Belo Horizonte e previu que os casos de negligência, maus-tratos e casos de mães usuárias de substâncias entorpecentes deveriam ser comunicados à VCIJBH para decisão sobre o acolhimento ou entrega do recém-nascido para a família.

Assim, as equipes das maternidades sentiam-se obrigadas a manter o bebê saudável internado, aguardando uma decisão judicial de acolhimento, enquanto davam alta para as genitoras, sem seus filhos.

Um bebê saudável é, ainda hoje, mantido no ambiente hospitalar, o qual é um ambiente de risco de infecções, por um tempo que excede quinze dias, impactando

também na ocupação desnecessária de um leito hospitalar, como destaca o Movimento de Proteção do Direito de Mães e Bebês Juntos (KARMALUK *et al.*, 2018), recentemente nomeado Coletiva de Apoio às Mães Órfãs.

Nesse processo, **leitos que deveriam se destinar aos bebês com demandas clínicas** e necessidade de acompanhamento hospitalar **são utilizados para retenção de bebês clinicamente saudáveis**, mas afastados de suas mães para aguardar decisão judicial e a liberação de vaga em instituição de acolhimento, os abrigos (KARMALUK *et al.*, 2018, p. 172, grifos nossos.)

O bebê de Alice e Lucas nasceu saudável em 7 de julho e abrigado em 26 de julho de 2016, ficando hospitalizado desnecessariamente por quase vinte dias. A maternidade que acolheu Alice logo após o parto na ambulância ultrapassou o seu dever de cuidado para fazer uma investigação na vida pessoal de Alice, que não era de sua atribuição como parte do sistema de saúde.

A Recomendação n.º 6, também dirigida aos médicos, profissionais de saúde, Agentes Comunitários de Saúde, gerentes e responsáveis por Unidades Básicas de Saúde, previu que casos de negligência, maus-tratos, de gestantes e mães usuárias de substâncias entorpecentes e “gestantes que se recusam a fazer o pré-natal sejam comunicados à Vara da Infância e Juventude para serem adotadas as medidas adequadas de proteção ao nascituro.” (MINAS GERAIS, Ministério Público, 2014b.)

O Ministério Público interferiu diretamente no cuidado dispensado às mulheres e crianças nas Unidades Básicas de Saúde, na relação de confiança, necessária ao cuidado, que se estabelece entre os profissionais de saúde e as pacientes. A partir da desconfiança gerada, as gestantes deixam de fazer o pré-natal, temerosas de perderem a guarda de seus filhos.

As Recomendações n.ºs 5 e 6, de 2014, da Promotoria da Infância Cível não regulamentam lei no exercício do poder normativo, não são leis, não são expedidas pelo Poder Legislativo. Agamben afirma que é característica do estado de exceção dar força-de-lei a instrumentos expedidos por outro poder. Aqui observa-se ato delimitado de estado de exceção quando um instrumento administrativo ganha força-de-lei para as equipes de saúde e de assistência nos centros de saúde, nas maternidades e nos espaços institucionais dos abrigos.

A médica e pesquisadora Sônia Lansky (2018) destacou toda a construção das redes de atenção perinatal do SUS em Belo Horizonte e de sua influência para a construção de políticas públicas nacionais de proteção à maternidade e à primeira

infância. Mas seguiu denunciando o impacto das intervenções da Promotoria de Justiça da Infância Cível e da VCIJBH na fragilização do cuidado.

[...] vimos nascer **uma nova face da violência obstétrica**: a discriminação racial e de classe, da pobreza e das mulheres com sofrimento mental, agora **julgadas sumariamente com base em preconceitos arraigados na sociedade brasileira**, perpetuando a segregação social cotidiana do viver no Brasil. (LANSKY, 2018, p. 193 e 195. Grifos nossos.)

A rede de saúde mental também foi impactada pelas Recomendações n.ºs 5 e 6, de 2014, e pela Portaria n.º 3, de 2016. Cristiana de Souza e Maria Tereza Nogueira (2018) relataram a história de uma mãe que teve o seu bebê retirado na unidade do Centro de Referência de Saúde Mental (CERSAM) por equipe do juízo da infância, assim que entrou na unidade com o seu bebê. A assistência social da maternidade teve medo da reação da mãe com sofrimento mental ao ter seu bebê retirado e encaminhou-a, com todo o aparato do Poder Judiciário e da Polícia, para apreenderem o bebê no CERSAM que ela frequentava.

Segundo as autoras, a mãe já tinha outra criança, alguns anos mais velha, da qual cuidava muito bem, com apoio de seus pais, e tinha possibilidade de cuidar do bebê da mesma forma. O episódio narrado não impactou somente na vida dessa mãe, mas todos os usuários do CERSAM, inclusive uma usuária que fazia tratamento para engravidar e que disse não voltar ao CERSAM se isso significasse não poder ficar com seu filho (SOUZA e NOGUEIRA, 2018).

Merece destaque o fato de que as Recomendações n.ºs 5 e 6 (MINAS GERAIS, 2014ab) foram dirigidas apenas às maternidades e hospitais públicos e aos equipamentos do SUS. Nenhuma recomendação foi encaminhada a maternidades privadas ou a médicos e clínicas privadas, numa clara distinção de quem são as vidas nuas, as vidas sem proteção da lei. Este fato expõe a marginalização e possui vítimas escolhidas, com critérios que tornam nuas as vidas que mais sofrem pelas diversas formas de exclusão social, como o racismo, machismo e a pobreza.

Em resposta às recomendações, o movimento de resistência organizou seminários, debates e mobilizações, e no ano de 2016, as recomendações que se apoiavam muito no uso da droga pela gestante ou mãe perderam força. Contribuiu para isso a nova redação dada ao art. 19 do ECA pela Lei n.º 13.257, de 2016, que eliminou o trecho que dispunha sobre o direito da criança de crescer em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Rapidamente, em 21 de junho de 2016, o Poder Judiciário publicou a Portaria n.º 3 da VCIJBH (MINAS GERAIS, 2016), que trouxe claramente, em

suas considerações iniciais, entendimentos e visões preconceituosas e discriminatórias sobre gestantes, mães e famílias em situação de vulnerabilidade.

CONSIDERANDO a situação de grave risco de muitos recém-nascidos, cuja família não apresenta ambiente que garanta o desenvolvimento integral, **em especial em virtude da dependência química e/ou trajetória de rua dos genitores**, sem condições imediatas de exercer a maternidade e a paternidade responsável;

CONSIDERANDO que são **os profissionais da área da saúde e assistência social que devem proceder à primeira avaliação dos casos de ocorrência de situação de risco** envolvendo crianças recém-nascidas [...] (MINAS GERAIS, 2016, grifos nossos).

A portaria seguiu afirmando que o médico deveria revelar fato de que tinha conhecimento e que poderia acarretar danos ao paciente menor de idade e resolvia que o profissional de saúde ou a instituição hospitalar deveria comunicar ao juízo quando, em 48 horas do nascimento da criança, qualquer dos genitores ou a criança recém-nascida se encontrasse em risco inclusive em virtude de dependência química ou trajetória de rua. E ia além ao condicionar a alta médica à decisão da VCIJBH sobre medidas protetivas.

Ao final, a portaria fazia clara ameaça de apuração da responsabilidade criminal do profissional da área de saúde ou da área de assistência social que deixasse de comunicar as situações de risco apontadas. Novamente observa-se ato típico de estado de exceção. O Poder Judiciário editou um instrumento normativo e ainda estabeleceu punição em caso de descumprimento, num exercício legislativo sem poderes para tanto, teve em vista dar força-de-lei para um instrumento que não era uma lei.

Como destacou Franco (2018, p. 88), as ações do sistema de justiça que negam todas as possibilidades de cuidado e punem as mães e seus filhos são um verdadeiro exercício do biopoder, conceito trazido por Foucault (2008).

A mobilização social mostrou-se mais forte com o advento da Portaria n.º 3, de 2016. Realizaram-se audiências públicas na Câmara Municipal de Belo Horizonte, na Assembleia Legislativa de Minas Gerais e na Câmara Federal. Seminários em Belo Horizonte, São Paulo e Rio de Janeiro. Várias denúncias foram encaminhadas ao CNJ, ao Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) e Combate à Fome, ao Ministério da Saúde, às relatorias da mulher e da criança da ONU, entre outros órgãos.

O CNJ organizou, conjuntamente ao MDS e Ministério da Saúde, uma visita técnica, em Belo Horizonte, ao Ministério Público, ao Tribunal de Justiça

do Estado de Minas Gerais (TJMG) e à Defensoria Pública. Em seguida, realizou um longo encontro de escuta a profissionais da saúde, inclusive da saúde mental, da assistência social, mães que tiveram seus filhos afastados, coletiva de apoio às mães órfãs, entre outros movimentos sociais. A visita resultou no pedido de suspensão da Portaria n.º 3 (MINAS GERAIS, 2016) pelo próprio juízo da infância com o envio de minuta de nova portaria (MINAS GERAIS, 2017).

A implicação dos diversos profissionais da saúde básica e das maternidades é decisiva no caso analisado e nos artigos publicados. Uma atuação que pode ser muito positiva, como apontam alguns artigos referenciados, como a atuação do Consultório de Rua, que apoia de forma acolhedora e firme as mães vulneráveis. Lado outro, essa atuação pode ser também muito negativa, como na forma de agir da equipe assistencial da maternidade no caso analisado, mantendo internado um bebê saudável e descumprindo as orientações específicas e pertinentes dos gestores da saúde pública do município.

Os relatórios e estudos sociais juntados ao processo relatam ACS e profissionais de UBS e atendimentos às gestantes funcionando como delatores de situações que deveriam inspirar cuidado. Atitudes de profissionais de saúde, que distanciam de sua função de cuidado, geram desproteção, posto que muitas gestantes se afastam de unidades de saúde durante a gestação, acuadas por julgamentos que sofrem e temerosas de perderem a guarda de seus filhos (CRUZ, 2018).

Muitos estudos têm sido realizados por profissionais de saúde, da assistência social, do direito, por alunos e professores universitários, em busca de descobrir as motivações e comprometidos com o atendimento humanizado e com a garantia dos direitos humanos para mães e famílias. Também, muitos artigos sobre o tema foram publicados. Todavia, o problema da retirada violenta dos bebês de suas mães persiste com posicionamentos e julgamentos morais de profissionais de diversas áreas.

6. Considerações finais

Ao acompanhar em audiências públicas e em seminários os relatos de várias mães que tiveram seus filhos afastados, abrigados e encaminhados para adoção, sem serem ouvidas e ao ler diversos artigos e pesquisas com relatos dessas mães órfãs, percebe-se uma lacuna: a importância em saber como se desenvolviam os processos e como eram tomadas as decisões judiciais.

Esperava-se, com o estudo do caso, preencher essa lacuna, todavia, o que foi observado é que as lacunas existentes no processo são ainda maiores e mais graves.

A ausência completa de escuta das mães, das famílias, a ausência do contraditório e do devido processo legal, bem como o ato reiterado de ignorar não apenas as falas das mães, dos pais e das famílias, mas também as teses e as peças processuais produzidas pelas defesas são um exemplo da continuidade e da força do estado de exceção até os dias atuais, como defende Agamben (2004).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê diversas medidas protetivas menos gravosas que poderiam e deveriam ser aplicadas antes de se chegar ao extremo de afastar o bebê de sua família. O cuidado que a mãe propicia ao filho e o afeto de toda a família são parâmetros mais significativos do que o relato do uso de drogas em algum momento da gestação. Argumentos ligados à situação de pobreza extrema da família são profundamente discriminatórios, higienistas, inconstitucionais e incompatíveis com a legislação protetiva.

O abrigo dos bebês desde a maternidade ou nos primeiros meses de vida sem qualquer oportunidade de defesa é uma violência contra as mães e as famílias, o que não é compatível com um estado democrático de direito.

A Coletiva de Apoio às Mães Órfãs tem realizado várias intervenções importantes, com significativos resultados como a suspensão da Portaria n.º 3 da Vara Cível da Infância e Juventude de Belo Horizonte, 2016. Entretanto, os estudos que vêm sendo realizados, incluído este, demonstram que as violências não cessaram e precisam ser continuamente registradas, estudadas e denunciadas para que outro modo de proceder tenha lugar na história.

A pesquisa exposta neste artigo visou denunciar e criticar, no intuito de tornar os casos visíveis, de expor como o Estado, por meio de seus soberanos, consegue aniquilar a condição humana de mães e tornam suas vidas nuas. O trabalho teve em vista lembrar que, antes disso, elas possuem garantias e rostos, que a negação pelo Estado destas condições não é capaz de anular a luta por estes direitos.

7. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte. Editora UFMG. 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleri. 2. ed. São Paulo. Boitempo, 2004 (Estado de Sítio).

BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Saúde. *Fluxograma de atendimento às gestantes com uso prejudicial de álcool e outras drogas em Belo Horizonte*. 2016. Disponível em: <<https://dequemeestebebe.wordpress.com/entenda-o-caso/documentos/>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Saúde. Comissão Perinatal. *Recomendação para abordagem de mães usuárias de álcool e drogas*. 2014. Disponível em: <<https://dequemeestebebe.files.wordpress.com/2014/08/recomendacao-para-abordagem-de-maes-usuarias-de-alcool-e-drogas.pdf>>.

com/2017/04/ofc3adcio-76-comissc3a3o-perinatal-recomendac3a7c3b5es-maternidades-sus-bh-usuc3a1rias-de-c3a1lcool-e-drogas-1.doc>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BELLOC, Márcio Mariath; CABRAL, Károl Veiga; OLIVEIRA, Carmen Silveira de. A desmaternização das gestantes usuárias de drogas: violação de direitos e lacunas do cuidado. *Revista Saúde em Redes*, v. 4, n. 1 Suplem. Editora Rede Unida. 2018. Disponível em: <<http://revista.redeunida.org.br/ojs/index.php/rede-unida/article/view/930>>. Acesso em: 10 ago. 2021

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Ministério da Saúde. *Nota Técnica n.º 01/2016/MDS/MSaúde*. 2016. Disponível em: <<https://dequemeestebebe.wordpress.com/entenda-o-caso/documentos/>>. Acesso em: 2 ago.2021.

BROCCO, Pedro Dalla Bernardina. Vida nua e forma-de-vida em Giorgio Agamben e Karl Marx; violência e emancipação entre capitalismo e estado de exceção. *Dilemas — Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v.9, n. 1 jan.-abr. 2016, pp. 65–90. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7673/6184>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CÂMARA, Alexandre F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

CRUZ, Danielle Vassallo *et al.* Gestar o real do corpo: o direito à maternidade possível. *Saúde em Redes*, v. 4, n. 1. Suplem. Editora Rede Unida. 2018. Disponível em: <<http://revista.redeunida.org.br/ojs/index.php/rede-unida/article/view/930>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

FRANCO, Tulio Batista. Fobia de Estado e a resistência ao recolhimento compulsório de bebês. *Saúde em Redes*, v. 4, n. 1. Suplem. Editora Rede Unida. 2018. Disponível em: <<http://revista.redeunida.org.br/ojs/index.php/rede-unida/article/view/920>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

GOMES, Janaína Dantas Germano (coordenadora). *Primeira infância e maternidade nas ruas da cidade de São Paulo: Relatório de Pesquisa realizada pela Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama sobre o exercício da Maternidade por Mulheres em Situação de Rua*. Editor Renato Nunes Dias. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2017.

KARMALUK, Clara *et al.* De quem é este bebê? Movimento social de proteção do direito de mães e bebês juntos, com vida digna! *Revista Saúde em Redes*, v. 4, n. 1. Suplem. Editora Rede Unida. 2018. Disponível em: <<http://revista.redeunida.org.br/ojs/index.php/rede-unida/article/view/923>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

LANSKY, Sônia. De quem é este bebê? Construção, desconstrução e resistência pelo direito de mães e bebês em Belo Horizonte. *Saúde em Redes*, v. 4, n. 1. Suplem. Editora Rede Unida. 2018. Disponível em: <<http://>

revista.redeunida.org.br/ojs/index.php/rede-unida/article/view/922>. Acesso em: 10 jun. 2021.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980.

MINAS GERAIS, Ministério Público. 23ª Promotoria de Justiça da infância e Juventude Cível de Belo Horizonte. *Recomendação n.º 05*. 2014a. Disponível em: <https://dequemeestebebe.files.wordpress.com/2017/04/recomendaccca7acc83o-5_2014mp.pdf>. Acesso em: 10 jun.2021.

MINAS GERAIS, Ministério Público. 23ª Promotoria de Justiça da infância e Juventude Cível de Belo Horizonte. *Recomendação n.º 06*. 2014b. Disponível em: <https://dequemeestebebe.files.wordpress.com/2017/04/recomendaccca7acc83o-6_2014mp-1.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2021

MINAS GERAIS, TJMG. Minuta de Portaria. *Processo de Medidas de Proteção; suspensão de efeitos da Portaria n.º 3/VCJJBH/2016*. 2017. Disponível em: <<https://dequemeestebebe.files.wordpress.com/2017/04/minuta-de-suspensc3a3-da-portaria-3vcijbh2016-ofc3adcio-1342017-de-7deagosto2017.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

MINAS GERAIS, TJMG. *Portaria n.º 3/VCJJBH/2016*. 2016. Disponível em: <<https://apublica.org/?s=portaria+n.3%2Fvcijbh%2F2016>>. Acesso em: 30 jul.2021

MINAS GERAIS, TJMG. Processo n.º 0937074-95.2016.8.13.0024. Vara Cível da Infância e Juventude de Belo Horizonte. 2016.

NESRALA, Daniele Bellettato; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Alienação parental estatal. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, v.4, n. 1. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/4089/0>>. Acesso em: 10 ago.2021.

SIQUEIRA, Paula Monteiro de; HERNADEZ, Mariana Leite; FURTADO, Lumena Almeida Castro; FEUERWERKER, Laura Camargo Macruz; MORENO, Harete Vianna; SANTOS, Heloisa Elaine. “Oh pedaço de mim, oh, metade amputada de mim...”. *Revista Saúde em Redes*, v. 4, n. 1. Suplem. Editora Rede Unida. 2018. Disponível em: <<http://revista.redeunida.org.br/ojs/index.php/rede-unida/article/view/919>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

SOUZA, Cristiana Marina Barros de, NOGUEIRA, Maria Tereza Granha. A Rede de Saúde Mental de Belo Horizonte e o cuidado em Liberdade: do Direito à cidadania ao direito à maternidade. *Saúde em Redes*, v. 4, n. 1. Suplem. Editora Rede Unida. 2018. Disponível em: <<http://revista.redeunida.org.br/ojs/index.php/rede-unida/article/view/925>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

O abuso sexual, suas implicações e desafios na proteção social da infância e adolescência: um diálogo entre a Psicanálise e o Direito

Sexual abuse, its implications and challenges in the social protection of childhood and adolescence: a dialogue between Psychoanalysis and Law

LARISSA FERREIRA DIAS LEITE

Psicóloga clínica. Graduada pela Universidade Federal de São João del-Rei, MG (UFSJ). Possui especialização em Administração: MBA em Gestão Estratégica de Pessoas (UFSJ). Mestra pelo Programa de Promoção à Saúde e Prevenção à Violência da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Atua como Analista de Políticas Públicas/Psicologia pela Prefeitura de Belo Horizonte em um dos Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) do município.

RENATA FLORES MAGALHÃES

Advogada. Graduada pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais (FEAD MG). Possui especialização em Ciências Criminais (PUC Minas). Atua como orientadora jurídica pela Prefeitura de Belo Horizonte em um dos Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) do município.

VALDETE DUARTE DA SILVA ALBERTO

Psicóloga clínica, psicanalista. Graduada pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Possui especialização em Teoria Psicanalítica (CETEP-UFMG). Mestra em Psicologia pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da UFMG, área de concentração Teoria Psicanalítica. Atua como analista de Políticas Públicas/Psicologia pela Prefeitura de Belo Horizonte em um dos Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) do município.

*Ó nuvem sombria, execrável treva que caiu sobre mim,
escuridão pavorosa e sem remédio! Ai de mim!
Como me traspagam as dores do meu sofrimento
e a lembrança de meu infortúnio!
(Sófocles)*

Resumo: O presente artigo pretende apresentar uma discussão sobre o fenômeno da violência sexual infringida a crianças e adolescentes tendo como pano de fundo o trabalho com famílias na Política de Assistência Social. A temática, complexa, apresenta-se

correlacionada a aspectos do Direito e da Psicanálise e recorre a experiências do acompanhamento sociofamiliar, que convocam a trabalho, para dar contornos e corpo à discussão proposta. O completo desconhecimento pelos responsáveis familiares das situações de abusos ou o não reconhecimento dessas ocorrências às quais seus filhos são expostos de forma vexatória tem sido um convite à reflexão. Quanto o sujeito sabe daquilo que faz, pratica ou omite? Qual a responsabilidade legal naquilo que nem o próprio sujeito consegue reconhecer? Busca-se a partir desses questionamentos analisar os impactos da vulnerabilidade social na consciência ou inconsciência de cada indivíduo, sobre o dever de proteção.

Palavras-chave: Abuso sexual; Psicanálise; Direito; Proteção social; Infância e adolescência.

Abstract: *This article intends to present a discussion about the phenomenon of sexual violence against children and adolescents, having as a background the work with families in the Social Assistance Policy. The complex theme is correlated to aspects of Law and Psychoanalysis and makes use of experiences of socio-family support, which call for work, to give contours and substance to the proposed discussion. The complete lack of knowledge on the part of the family responsible for the situations of abuse or the non-recognition of these occurrences to which their children are vexatiously exposed has been an invitation to reflect. How much does the subject know about what he does, practices or omits? What is the legal responsibility in what not even the subject himself can recognize? Based on these questions, we seek to analyze the impacts of social vulnerability on the conscience or unconsciousness of each individual, on the duty of protection.*

Keywords: *Sexual abuse; Psychoanalysis; law; Social protection; Childhood and adolescence.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Excesso pulsional e cegueira psíquica; 3. Dos olhos vendados à proteção da infância e adolescência; 4. A cegueira de Eva; 5. Reverberações do abuso sexual; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. Introdução

O Trabalho social com famílias (BELO HORIZONTE, 2007) no campo da política de assistência social habitualmente impõe inúmeros desafios. Promover o acesso à cidadania e assegurar direitos, torna-se, por muitas vezes, particularmente complexo quando se está situado no nível da proteção social especial. O Serviço de atendimento especializado a famílias e indivíduos, o PAEFI, ocupa-se do apoio e orientação a núcleos familiares com sujeitos com direitos violados dentre o público

de crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência (BRASIL, 2009). E é na atuação neste serviço que se toma conhecimento de graves e preocupantes situações de abusos e maus tratos em desfavor da população infanto-juvenil.

No presente trabalho serão abordadas questões relativas à violência sexual que causa grande impacto no desenvolvimento de crianças e adolescentes e ocupa o quarto lugar no *ranking* das violações infringidas contra esse o público atrás dos fenômenos da negligência, da violência física e psicológica. Em relatório do Ministério da mulher, da família e dos direitos humanos, publicado no ano de 2019, consta o apontamento de 17.029 casos de violência sexual infanto-juvenil naquele ano e 17.073 outros casos no ano seguinte. O mesmo documento também menciona que 45% dos locais de ocorrência da violência sexual é a casa da vítima, sendo o abuso cometido por pais e padrastos. A violência praticada na casa do suspeito ocorre em outros 28% dos casos (BRASIL, 2019). Dados coletados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos informam que nos cinco primeiros meses de 2022, os informes dão conta de 7.447 denúncias de estupro no Brasil, dessas, quase 79% das vítimas eram crianças e adolescentes (BRASIL, 2022).

Além do dispositivo do Disque 100, a notificação desses crimes também é realizada a partir de denúncias que chegam aos conselhos tutelares e outros órgãos de defesa de direitos como promotorias. As notificações realizadas por profissionais de saúde e educação, as denúncias da própria vítima ou através de terceiros compõem esses dados. A política da educação também cumpre um importante papel na notificação destes crimes. A esse respeito, o material da Polícia Civil de Minas Gerais informa que o necessário isolamento social (Covid-19) pelo qual se passou, provocou o rompimento com o importante canal de denúncias para as vítimas de violência sexual que era a figura do professor. A subnotificação dos casos é verificada na discrepância de registros nos últimos três anos, tanto no nível estadual quanto no nível federal (BELO HORIZONTE, 2021).

É neste cenário, que atuando na proteção social especial no município de Belo Horizonte realiza-se o acompanhamento socioassistencial de algumas famílias com a vivência de situação de violência sexual. O completo desconhecimento pelos responsáveis familiares das situações de abusos ou o não reconhecimento dessas ocorrências às quais seus filhos são expostos de forma vexatória tem sido um convite à reflexão. Não são atípicos os casos em que mães não identificam as situações de violência sexual as quais suas filhas são submetidas por parte dos próprios pais ou padrastos, entre outros familiares. Por vezes acompanhou-se o

desfecho de casos em que, no plano intrafamiliar, houve o rompimento definitivo de vínculos das mães com as próprias filhas privilegiando a narrativa do abusador. Desta forma, assistiu-se, adolescentes que abandonadas à própria sorte passaram a viver em situação de rua ou, na melhor das hipóteses, foram encaminhadas ao acolhimento institucional com os filhos gestados a partir da violência sexual. Este tem sido o enquadre ordinário das situações de abuso acompanhadas no PAEFI. Entre tantas ocorrências chocantes, o caso mais emblemático se referiu à exposição de uma criança, em boa parte de sua infância, a situações recorrentes de violação sexual seguida de sua exposição em rede internacional de pedofilia pelo companheiro da mãe a qual será chamada, ficticiamente, de Eva.

Tal situação, ao olhar sobre a prática, sinalizava um entrave para a continuidade do acompanhamento socioassistencial junto a essa mãe. Até que ponto sustentar o trabalho de fortalecimento de vínculos e da função protetiva neste contexto? A exposição da criança a tais situações teria ocorrido de forma intencional pela genitora? Haveria um comprometimento cognitivo que talvez impedisse o entendimento de tal circunstância? A situação de vulnerabilidade social da família teria contribuído para essa exposição?

Manifestar sobre um possível afastamento em definitivo dessa criança de sua genitora não é uma atribuição dos serviços socioassistenciais, porém, tal possibilidade por determinação da justiça impunha observação sobre as repercussões na vida dos envolvidos. Na perspectiva da criança, a possibilidade do apartamento definitivo da convivência com sua mãe motivava considerações quanto a ampliação do seu prejuízo emocional com o rompimento desse laço afetivo de forma severa, além dos danos que, possivelmente, sua exposição à violência sexual poderia acarretar ao seu desenvolvimento e ao seu psiquismo. Do lado de Eva, as interrogações diante desse caso eram ampliadas quando se examinava que a resistência denotada à sua chegada ao PAEFI cedeu lugar à construção do vínculo com o serviço. Vínculo este que, no decorrer do acompanhamento socioassistencial, foi expresso no comparecimento aos atendimentos, resposta positiva, conforme suas possibilidades aos encaminhamentos propostos.

Todavia, diante de tanta evidência dos fatos era inevitável a associação do posicionamento de Eva à alegoria da cegueira. A relevância e o interesse em ampliar o entendimento dos fatores que permeiam a temática da violência sexual levou à interlocução e busca de contribuições dos campos da Psicanálise e do Direito, utilizando-se como metodologia a análise do caso em questão associada à revisão de literatura.

2. Excesso pulsional e cegueira psíquica

No texto *A concepção psicanalítica da perturbação psicogênica da visão*, de Freud (1910), menciona que órgãos do sistema corporal por servirem conjuntamente às pulsões de autoconservação (eu) e à pulsão sexual — uma dupla função — podem apresentar expressões patológicas. Nesse contexto do primeiro dualismo pulsional no qual o conflito psíquico é compreendido a partir da contraposição de dois grupos de forças, as ideias conscientes em relação às ideias inconscientes, o autor apresenta o conceito de inconsciente como fundamental para a compreensão de tais manifestações como, por exemplo, a cegueira histórica.

Discorrendo sobre esse fenômeno, Freud afirma que “as pessoas que ficam cegas em virtude de histeria veem, não obstante, em certo sentido, mas não completamente” (FREUD, 1910, p. 223). Tratando-se de uma dissociação do aparelho psíquico que impede os processos inconscientes de acessarem o consciente, o autor postula que tal cegueira se refere apenas “à consciência, em seu inconsciente elas veem” (p. 224). Essa condição psíquica tem origem em “ideias excessivamente poderosas” (p. 224), conforme pensamento antecipado no texto de 1895: o *Projeto para uma psicologia científica*. Compete ao processo de recalçamento atuar na apartação dessas ideias que colocam em risco a integridade do eu, estas, porém, tornarão, mais tarde, tendo em vista as falhas desse processo, como formações sintomáticas.

Belo (s/ data) opta por analisar a questão da cegueira histórica na perspectiva laplancheana. Considerando a cegueira como metáfora para uma passividade radical diante do excesso pulsional, o autor pontua a importante distinção entre o ver e o olhar, conforme teorização de Camargos (2012, *apud* BELO, s/ data). Nas palavras do autor, “a função de ver é sempre colonizada pelo sexual, e aos poucos, vai se constituindo como olhar. O olhar é sempre marcado pelo desejo e, neste sentido, jamais poderemos ver simplesmente” (BELO, s/ data, p. 5). E, desta forma, entende que a visão é relacionada com a forma que o corpo foi investido libidinalmente. E assim podemos depreender que da mesma forma ocorrerá com manifestações somáticas relacionadas ao ato de comer, de ouvir, de sentir cheiros e toques conforme a singularidade com que cada corpo foi humanizado por seus cuidadores primordiais.

Considerando que esse ponto de vista pode ser fértil para o entendimento da situação estudada, antes de prosseguir com a discussão sobre as repercussões dessa cegueira na matéria em foco, convém situar o leitor no campo da Teoria da Sedução Generalizada (TSG). Trata-se de referencial teórico proposto por

Laplanche, psicanalista francês, em ampliação da teoria da sedução de Freud cuja origem se situa nas investigações em torno da histeria. O primeiro modelo do trauma consistia na formulação de que as pacientes histéricas seriam vítimas de uma importunação sexual na infância. Embora esse modelo fosse vir a ser, mais tarde, renunciado por Freud, ele portava a originalidade de afirmar o caráter sexual do trauma e sua ocorrência no *a posteriori*. A conexão entre uma cena banal e a ressignificação do atentado sexual experimentado na infância ocorre no tempo da maturidade sexual. Destituindo o aspecto patológico da teoria da sedução de Freud, Laplanche propõe sua ampliação evidenciando a primazia do outro e de sua sexualidade na constituição do sujeito psíquico e a diferenciando de um ataque sexual perverso (MELO E RIBEIRO, 2006).

Laplanche (1992) denomina de Situação Antropológica Fundamental a condição em que o bebê se encontra de imediato a seu nascimento. Em posição de desamparo, assimetria e passividade frente ao adulto, o lactente submete-se ao ataque sexual do adulto que se encarrega dos cuidados que vão humanizá-lo. Esse ataque, por assim dizer, equivale-se à transmissão de mensagens enigmáticas, comprometidas com a sexualidade infantil recalcada do cuidador primordial em meio a essa relação intersubjetiva de oferta de afeto e cuidados. Não mais um ataque sexual perverso, mas uma sedução generalizada exigida nos primeiros tempos de vida. De acordo com Laplanche, a tentativa de representação dessa excitação provocada pelo investimento libidinal do adulto e recebida em condição de passividade, resulta na clivagem e instituição do psiquismo do infante. Esse esforço de tradução da comunicação enigmática gera restos (objetos-fonte de pulsão) que darão origem ao inconsciente. Dessa forma, o autor perpassa as formulações de Freud e a contraposição entre o traumático e o pulsional (MELO E RIBEIRO, 2006). “Laplanche valorizou e acentuou a ideia de que a pulsão contém o traumático em sua constituição mesma” (CARVALHO, 2012, p. 489).

Abordando a multiplicidade de traumas que afetam a criatura humana, Carvalho (2012) faz uma importante distinção: “embora o abuso sexual esteja incluído entre as situações desencadeadoras da neurose traumática, não se trata, em geral, de trauma sexual, *strictu sensu*”. (p. 489). Portanto, cabe evidenciar que o sexual que corresponde ao objeto da psicanálise, a sexualidade infantil recalcada, governada pelo inconsciente, diferencia-se do sexuado. Laplanche (2015) então alude ao abuso sexual, como o “crime sexual fundamental”. Este é qualificado, além da dissimetria entre adultos e criança, por uma posição de poder na qual se subverte a função de proteção, rubricando a crueldade desse

ato. Ferenczi (1933/2011) elucida a ocorrência da violência sexual na infância e adolescência em seu texto: *Confusão de língua entre os adultos e a criança*, cuja concepção é de que “a criança tem fantasias lúdicas, como desempenhar um papel maternal em relação ao adulto. O jogo pode assumir uma forma erótica, mas conserva-se, porém, sempre no nível da ternura” (p. 116). Por outro lado, os adultos “confundem as brincadeiras infantis com os desejos de uma pessoa que atingiu a maturidade sexual” (p. 116) no cometimento desse crime.

Para Laplanche (2015), o equívoco entre a linguagem da ternura e linguagem erótica da parte do abusador pode ter origem em uma sexualidade infantil sádica. E, na perspectiva da vítima do crime sexual, assinala graves comprometimentos em seu desenvolvimento e um funcionamento sob o predomínio da pulsão de morte. Os crimes contra a dignidade sexual, enquanto tal, exige punição e tem implicações para o núcleo familiar especialmente quando a violência ocorre em seu meio. Antes de abordar a temática estudada na perspectiva do ordenamento jurídico, descreve-se, em sequência, o caso em análise.

3. A cegueira de Eva

A família de Eva chegou ao atendimento especializado da proteção social especial em razão da negligência que envolvia os cuidados com os seus filhos e pela existência de indícios de que estes fossem submetidos a situações de abuso sexual. Eva era uma mulher negra, mãe solo vivendo em um cenário de extrema vulnerabilidade cuja única renda que usufruía para sustento, provinha do programa federal de transferência de renda, à época, o Bolsa Família. O apoio da família extensa não estava ao seu alcance, visto que todos os familiares ao seu redor possuíam sérios comprometimentos de saúde mental. Nesse contexto, as crianças apresentavam-se em condições precárias de cuidados, desnutridas e evadidas das instituições de ensino.

Dessa forma, o acompanhamento socioassistencial foi pautado em intervenções que de fato pudessem assegurar aos infantes o acesso aos direitos da saúde e educação em tempo integral, além de orientações socioassistenciais e jurídico-sociais à genitora fomentando o desempenho de sua função protetiva. Eva, dentro de suas limitações, apresentava boa resposta aos encaminhamentos propostos e no tocante às suposições de abuso sexual, não havia nenhuma menção por sua parte. Informação esta que aparece indiretamente ao fim do primeiro ano de acompanhamento a partir de documentos anexados à requisição para

produção de relatório¹. Estes davam conta de inquérito policial que apurava os crimes por trás da divulgação internacional de pornografia infantil. Os registros expunham de forma perturbante o crime sexual, que não havia sido apresentado pela própria usuária do serviço, e envolvia diferentes crianças e adolescentes, além de um de seus filhos. A barbaridade desse ato, que nos coloca a trabalho, não produzia o mesmo efeito na mãe que simplesmente dizia “*Eu não via... e nada sabia*” (SÓFOCLES, p. 70) quando abordada a respeito de tal situação. Além de não ver, também não disse.

A requisição constava ainda referência à participação de Eva em audiência a qual seu comportamento havia deixado o juiz perplexo por não aparentar, a princípio, ciência do crime em pauta, ainda que diante de imagens constrangedoras, inclusive o reconhecimento de peças de roupas da criança na casa do violador. Tal situação se assemelha a alguns elementos presentes no filme ‘O Leitor’.

Esse filme, ambientado na Alemanha e baseado no livro de Bernhard Schlink, de 1995, narra o encontro de Hanna com Michael. Ela, mulher adulta e ele com seus quinze anos. Os encontros amorosos do casal eram seguidos de momentos de leitura em que Michael assumia o papel de leitor. O rompimento ocorre quando Hanna muda-se, sem deixar registro ou qualquer explicação. Michael a reencontra na condição de estudante de direito, anos depois, no contexto do julgamento de Hanna que, após “fugir” de uma promoção no trabalho anterior, passou a atuar como guarda de prisioneiras nas instalações nazistas.

Na audiência, o juiz aparenta incredulidade diante das respostas de Hanna sobre o fato conhecido como “A marcha”. Na ocasião, Hanna e outras guardas vigiavam as prisioneiras e as prenderam em uma igreja que, após bombardeios, pega fogo. As portas estavam trancadas por fora, o que impedia qualquer tentativa de fuga e abertura pelo lado de dentro. Ou seja, ninguém abriu as portas, embora várias mulheres estivessem morrendo queimadas. Ao ser interrogada sobre o acontecido, Hanna admite seu envolvimento com a ação sem se questionar sobre o significado disso, ao passo que as outras réis, todo o tempo, negam deliberadamente e recebem penas menores.

Acusada de diversos crimes, o magistrado questiona Hanna sobre sua inércia, levantando hipóteses sobre os motivos que a impediram de abrir a porta e salvar a vida das prisioneiras. Ela responde com outras indagações: o que o senhor teria

¹ Os Relatórios Técnicos Socioassistenciais (RTS) são documentos elaborados no contexto do SUAS em resposta às requisições dos Sistemas de Justiça e de Garantia de Direitos, visando demonstrar o trabalho social para o fortalecimento da função protetiva e preventiva das famílias, considerando as desmarcações e provisões específicas da Política Pública de Assistência Social (BELO HORIZONTE, 2020). Estes relatórios não devem ser utilizados como instrumentos de denúncia ou de avaliação para colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas.

feito? Hanna declara que cumpria ordens, que era seu dever, enquanto guarda, vigiá-las, sendo assim, executava a sua função e pergunta: qual outra atividade poderia fazer, já que seu dever era manter a ordem entre as prisioneiras? O que não deveria ter feito? A aparente ingenuidade da ré não permite que sua reflexão caminhe para uma avaliação da morte, do deixar morrer, do sofrimento do outro, da ação e atitude que se faz a partir de uma ordem, deixando, assim, o juiz igualmente perplexo, tal como no caso de Eva.

As relações incestuosas da ficção e da realidade são marcadas pela passividade radical das duas mulheres. Hanna, ao contrário de suas colegas, não nega seus crimes e opta por aceitar a posição de responsável para não precisar admitir frente ao júri o seu analfabetismo. Admite, mas sem perceber, ao que parece, a gravidade das ações das quais participou.

No enredo do filme não há elementos que subsidiem o conhecimento sobre a vida pregressa de Hanna e suas condições sociais. Ainda assim é possível reconhecer pontos em comum com o contexto de Eva, demonstrando, de formas e níveis diferentes, que ambas se encontravam em situação de vulnerabilidade social. No caso de Hanna, a marca perpassa a sua condição de analfabeta. No de Eva, por seu contexto de moradia precária, extrema pobreza, ao contrário de Hanna, que possuía moradia digna e acesso ao mercado formal de trabalho. Será que tal condição de vulnerabilidade, de precariedade de subsistência, poderia ter contribuído para a ‘cegueira’ de Eva?

Nesse sentido, sabe-se que o criminoso se aproximou de Eva e sua prole em uma praça pública, tal como relatado por ela, tornando-se seu companheiro. Após esse encontro, Eva e os filhos passam a frequentar a casa do agressor e integrar a sua família. Pelo período de três anos, este foi o cenário dos abusos contra a criança mais velha.

Em sequência, apresenta-se, então, algumas nuances e contornos jurídicos, ilustrados pelo caso narrado.

4. Dos olhos vendados à proteção da infância e adolescência

A ideia de proteção presente na política pública da assistência social converge na seara jurídica no dever de proteger a quem lhe é atribuído. A proteção das crianças e dos adolescentes foi consagrada como direitos humanos através da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, incluindo a adesão ao Protocolo Facultativo. Seu marco normativo no Brasil foi com a ratificação por meio do Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990

(BRASIL, 1990). A Constituição da República de 1988 prevê a proteção da infância como um direito fundamental em seu art. 227, que sedimenta o direito de não sofrer violência, abusos e exploração. Versa também sobre os deveres da família, da sociedade e do Estado em garantir a defesa dos direitos inerentes à sua condição humana (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n.º 8.069/90, em seu art. 19, preconiza o direito das crianças e dos adolescentes de serem criados e educados por suas famílias. Por outro lado, essa mesma lei prevê, no art. 101, o acolhimento institucional daqueles infantes que são vítimas de negligência e violências praticadas por seus responsáveis legais. E para os casos extremos, prevê, nos art. 22 e 24, como medida mais drástica, a suspensão do poder familiar nos casos em que aqueles que têm o dever de proteger e garantir cuidados aos filhos falham injustificadamente ou os submetem a situações de abusos e maus tratos (BRASIL, 1990). O afastamento da família natural em caso de violação ou negligência também está previsto na Convenção Internacional sobre os direitos da criança, sempre que essa medida venha a atender o melhor interesse da vítima, art. 9º (BRASIL, 1990).

Nesse contexto jurídico de ampla proteção, traz-se a discussão sobre a responsabilidade dos pais em garantir a proteção no âmbito familiar. Nota-se, conforme os acompanhamentos dos casos no PAEFI, que a violência intrafamiliar possui uma particularidade intrínseca, o local do crime é o ambiente doméstico, lugar que se presume protetivo e mais distante da visão do poder público. Tem-se, ainda, a identidade do agressor ou agressora, pessoas do convívio diário, as quais possuem diante dos olhos sociais, autoridade familiar e vínculo com as vítimas.

A partir desse cenário jurídico e social, analisa-se a responsabilidade que se atribui às famílias, em especial, as mães, as quais são comumente a referência familiar e de proteção, na lógica patriarcal da sociedade brasileira. Dessa concepção de proteção e responsabilidade, encontra-se a discussão sobre a exposição ao risco, seja porque houve alguma negligência, seja pelo não agir para evitar a violência sexual quando devia e podia, sendo o nível de conhecimento à época dos fatos ponto de debate, tanto no contexto do processo regido pelo ECA, como também quando reverbera em responsabilidade penal, prevista no art. 13, §. 2º, “a” do Código Penal, fruto da reforma de 1984 (BRASIL, 1940).

Segundo Rogério Greco (2017), o dispositivo legal do art. 13 § 2º funciona como uma norma de alerta, já que quando o agente, reconhecido como garantidor, não age para evitar o resultado, a responsabilidade criminal pode ser a ele atribuída.

Quando se pensa em uma possível responsabilidade criminal, torna-se imperativa a reflexão sobre a possível negligência, dada a proximidade dos fatos com quem deve proteger e agir para evitar o resultado. Assim sendo, a omissão passa a ser considerada penalmente relevante para a consumação do crime. Conforme previsão do Código Penal Brasileiro:

§ 2º — A omissão é penalmente relevante quando o omitente *devia e podia agir para evitar o resultado*. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei n.º 7.209, de 11.7.1984) a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei n.º 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL, 1940).

No curso de um processo de acolhimento institucional e nas hipóteses de reintegração familiar é inafastável os seguintes questionamentos: sobre quem tinha conhecimento da ocorrência das violências? Quem se omitiu? Quem deixou de agir? Como já mencionado, a assistência social não tem o papel de culpabilização dos seus usuários, essa função pertence aos órgãos de persecução criminal e ao judiciário. Contudo, trabalha-se com as famílias a orientação sobre a proteção das crianças e dos adolescentes, sobre os papéis no seio da família de forma a evitar, sobretudo, as repetições de violações graves de direitos humanos.

Entrelaçam-se, assim, a “cegueira”, metáfora utilizada pela psicanálise para se referir ao não agir diante da desproteção, com a omissão penalmente relevante prevista no Código Penal. É essa inércia que reverbera, com frequência, no afastamento das crianças e adolescentes da família, como meio de proteção ou de punição.

Cumpra ressaltar que os casos acompanhados pelo Sistema Único de Assistência Social — SUAS, grande parte, são de famílias que vivenciaram e vivenciam extrema pobreza e miserabilidade. A realidade denota casos extremos de ausência do básico, do que seria um mínimo existencial da dignidade da pessoa humana. Observa-se que esse quadro de violação de direitos passa de geração para geração, ou seja, as mães que hoje são indicadas como possíveis violadoras do dever de cuidado e proteção vivenciaram condições semelhantes às de seus filhos.

Essa condição social de contextos violentos e de miserabilidade justifica o não agir? Agem de forma consciente ou inconsciente ao falharem na função protetiva que lhe atribuem?

Conforme o art. 13, caput, do Código Penal, o resultado de um crime só é atribuído a quem deu causa, “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 1940). Contudo, podem ocorrer situações nas quais quem é omissor não consegue ter a consciência de que deve agir.

Segundo Cleber Masson (2020), a definição de crime perpassa o alcance dos três elementos: fato típico, ilícito e culpável. Sendo a potencial consciência da ilicitude parte da culpabilidade, isto é a capacidade individual de compreender que o seu comportamento pode ensejar uma conduta criminoso. Leciona, ainda, que há critérios que determinam a consciência de uma conduta criminoso, sendo consagrado no ordenamento jurídico brasileiro o critério intermediário, como o mais aceito, proposto por Hans Welzel, do sistema finalista:

O sujeito, embora não seja obrigado a proceder a uma valoração de ordem técnica jurídica, deve conhecer, ou poder conhecer, com esforço devido de sua consciência, com um juízo geral de sua própria esfera de pensamento, o caráter ilícito do seu modo de agir. Basta portanto a valoração paralela do profano. (p. 410).

Na lição de Vidal (2011), o uso da valoração da esfera do profano como forma de se alcançar clareza sobre a consciência ou não dos atos omissivos, ou comissivos do indivíduo “[...]precisa de uma consciência anterior da existência de uma ordem social e de valores sociais” (VIDAL, 2011. p.1). Juridicamente, a potencial consciência da ilicitude pode conduzir ao reconhecimento do instituto do erro de proibição que pode afastar ou não a punição.

Entre as concepções psicanalíticas apresentadas, ressalta-se a repetição como uma forma de “cegueira”. Essa cegueira psíquica presente no sujeito, na sua singularidade, pode refletir no seu estado de consciência e por consequência na função de proteção, no evitar o resultado da violência do contexto familiar? Assim, se na ótica da psicanálise, em especial no ensinamento de Freud (1910), a cegueira psíquica impede o consciente de ver o que o inconsciente guarda, que por vez pode impedir o agir, nesse sentido, a proteção juridicamente vislumbrada pode não ser alcançada. Contudo, para a esfera criminal, a responsabilidade do dever de agir será analisada com o intuito de aferir a culpabilidade.

O símbolo consagrado da justiça no Brasil é a Deusa Thêmis, a qual faz uso da venda, forma de não ver, para exercer a justiça com parâmetros de igualdade. Porém, a realidade social brasileira expressa outra forma de cegueira, a que conduz responsáveis legais, corriqueiramente, às mães, à inconsciência da proteção, visto que podem não ter conhecimento do seu dever de agir quando necessário, em virtude da desproteção social.

5. Reverberações do abuso sexual

Abordando também a cegueira que permeia as situações de violência sexual intrafamiliar, França (*et al.*, 2010) recupera o caso do austríaco Josef

Fritzl, conhecido como o “Monstro de Amstetten” (Acervo O Globo, 2019) por enclausurar e perpetrar inúmeros episódios de estupro contra a própria filha durante vinte e quatro anos no porão de sua casa. A rotina de abusos deu origem a oito gestações, sendo que três recém-nascidos foram deixados em sua porta para os cuidados da esposa. Para as autoras, Rosemarie Fritzl seria portadora de “uma estranha cegueira” por não suspeitar do recorrente abandono dos próprios netos em sua porta ou mesmo dos abusos sofridos pela filha dos onze aos dezesseis anos, conjuntura do seu desaparecimento.

As autoras explanam que a violência sexual tem repercussões intergeracionais e afirmam que “mulheres que sofreram abuso sexual na infância, ao se tornarem mães, tendem a escolher parceiros que são abusadores em potencial” (FRANÇA *et al.*, 2010, p.69). Ferenczi (2011) nos ajuda a compreender melhor esta situação a partir da formulação da ideia de que a vítima se identifica e introjeta o seu agressor. “A personalidade ainda fracamente desenvolvida reage ao brusco desprazer, não pela defesa, mas pela identificação ansiosa e a introjeção daquele que a ameaça e a agride” (FERENCZI, 2011, p.118).

Tendo como alicerce os atendimentos psicológicos às vítimas da violência sexual no Projeto CAVAS/UFMG (Projeto de pesquisa e extensão com crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual), as autoras mencionam “a grande incidência de experiências sexuais traumatizantes e não elaboradas na vida pregressa dos pais” (FRANÇA *et al.*, 2010, p. 69). E com interesse na compreensão da dinâmica familiar apontam o conceito de compulsão à repetição como um caminho viável para o entendimento do fenômeno.

O interrogar sobre a repetição surge na obra de Freud no texto: *Recordar, repetir e elaborar* (1914), quando esta é apresentada como recurso para a atuação do material recalçado. O conceito de compulsão à repetição continua a ser desenvolvido e elaborado no escrito: *Além do Princípio do Prazer* (1920), quando é associado ao conceito de pulsão de morte. O autor pontua que a repetição traz à tona vivências dolorosas do passado. Contrapondo-se ao princípio do prazer, as manifestações das repetições portam o mortífero, a sexualidade infantil desligada, o que Laplanche viria a chamar de pulsão sexual de morte (LAPLANCHE, 1985). Estas formulações contribuíram ainda nas observações em torno das neuroses traumáticas quando a repetição consiste na tentativa de simbolização da excitação traumática experimentada passivamente.

Abraham e Torok (ANTUNES, 2003) especificam a compulsão à repetição como chancela fundamental das neuroses de destino. Esses autores propõem

o conceito metapsicológico da Cripta para se referirem a uma espécie de inconsciente artificial, um “território encravado”. Localizada entre o inconsciente e o ego, a tópica encravada abrigaria as situações traumáticas ou afetos que não puderam ser elaborados.

Na perspectiva da TSG, Laplanche nomeou de “inconsciente encravado” o espaço no aparelho psíquico que comporta as mensagens enigmáticas não traduzidas. Diferenciando dois modos de inscrição das mensagens no aparelho psíquico, o autor especifica como *implantadas*, as mensagens passíveis de novas traduções, e *intrometidas*, aquelas que sofrem um fracasso severo nos processos de métabole sendo abrigadas em uma espécie de “purgatório” psíquico (LAPLANCHE, 2015, 1992b). Nessa mesma perspectiva, Cardoso (2002) propõe que esses conteúdos não metabolizáveis, aos quais denominou de *enclaves*, são derivados da veiculação de “mensagens-veredito” mediante o ataque sexual da alteridade. Estas mensagens *ultraclaras* abarcam conteúdos cristalizados que vêm a ser uma “espécie de sentença” que impõe ao sujeito sua repetição em uma batalha contra a intromissão do outro não simbolizada. “Aquilo que não pode ser traduzido tende a repetir-se como um imperativo” (CARDOSO, 2017, p. 92).

Em consonância com Freud, Carvalho (2012) indica que a fixação do trauma se deve à “exclusão do vivido traumático relativamente a uma rede sentidos e sua repetição como tentativa de captura da excitação excedente” (CARVALHO, 2012, p. 495). Isso porque a ação disruptiva desencadeada pelo traumático conduz o sujeito à situação originária de passividade afetando sua integridade narcísica e tradutiva (CARVALHO, 2012). Nesse ponto, é conveniente explicar que Freud (1896) na Carta 52 traça o aparelho psíquico organizado de forma estratificada e suscetível a retranscrições e novas simbolizações em tempos renovados.

Dialogando com o campo da literatura, Paula (2008) aponta que o caráter disruptivo da pulsão que se opõe à tarefa tradutiva reivindica “um trabalho a mais”. A autora introduz o conceito de “transposição” para cogitar esse trabalho que teria por finalidade não suprimir a intensidade pulsional, mas sim a inscrevê-la em novo registro com um novo arranjo. Desse modo, considerando o aspecto mortífero não só da inscrição pulsional, “mas também do que ‘ensaia sem texto’, do ‘acontecimento Real’ que não aconteceu outrora, mas que advém agora no ato mesmo de repetir” (PAULA, 2008, p. 155), a autora vai além de Freud, sugerindo um novo recurso para a produção de sentido do traumático: “Repetir, traduzir e transpor”.

Retomando a problemática estudada, levantam-se algumas questões para serem aprofundadas em novos trabalhos: a violência sexual configura-se como mensagem *ultraclara* marcada pela fixação do traumático? O conceito de “neogênese” trabalhado por Silvia Bleichmar (2005) e que se refere à criação de novos modos de circulação para os conteúdos pulsionais seria útil na construção de intervenções junto às vítimas desse crime que levem à transposição do traumático?

6. Considerações finais

O caráter especializado do CREAS se relaciona ao nível de complexidade em que a Política de Assistência Social se subdivide. A diferença entre as ofertas da proteção social básica e as do PAEFI, este localizado na média complexidade, é a pressuposição de que este serviço, por meio do acompanhamento mais próximo, mais íntimo com o usuário, poderá ter mais subsídios de conhecer, escutar e avaliar quais dimensões da vida do usuário precisam ser fortalecidas. Ou seja, assim poderá captar outros discursos. A violação de direitos é um pressuposto para a atuação do PAEFI, diz respeito a algo que já se deu quando a família chega ao equipamento. O que é possível fazer a partir disso? Quais os discursos e atuações serão possíveis construir *a posteriori*? A criança já foi violada em seus direitos, quem deveria protegê-la ou oferecer condições para isso (seja o Estado, a família ou a sociedade) não obteve êxito. E agora? Como a Assistência Social, mais especificamente o CREAS, poderá contribuir para que a cegueira seja desvendada? Qual o desvendar a própria política deverá assumir para si? A venda que tampa os olhos da Assistência, ou o que tampona os ouvidos para a oferta da escuta, precisará cair.

No caso de Eva, o dar-se conta da situação que envolvia um de seus filhos ocorreu também no encontro com a lei. A atuação do judiciário no caso culminou na separação do vínculo familiar. Separação que permitiu a Eva o ensaio da saída da condição de passividade que a afetava e agora ela fala: “esse homem acabou com a minha vida e a dos meus filhos” e, ainda, “eu nunca tive quem me orientasse”. O acompanhamento dessa mãe por este serviço se estendeu por três anos, finalizando-se com sua participação em oficinas de intervenção psicossocial de “acolhimento ético”². Estas oficinas nomeadas “Tecendo o cuidado”, executadas para o tratamento do fenômeno da negligência, têm por propósito a oferta de

² O conceito “acolhimento ético” é apresentado por Silva (2020) e se refere à oferta a estes de um espaço matricial transformacional na perspectiva de possibilidade de constituição ou reorganização da capacidade de cuidado no *a posteriori*.

espaço aos responsáveis familiares para partilharem suas vivências e refletirem sobre os direitos dos filhos e suas responsabilidades perante a eles. A oferta desse espaço favorece aos usuários vias que possibilitem a simbolização e constituição da função de cuidado e proteção, como também, o conhecimento das violações de direitos que afetam crianças e adolescentes, entre elas a violência sexual, fazendo, assim, apostas para que esta proteção seja, de fato, exercida no âmbito familiar.

Por meio da requisição judicial, foi possível conhecer o teor do interrogatório do autor do crime, que vitimou os filhos de Eva. Ele, ao ser interrogado, negou que ela soubesse das violências sofridas por seus filhos. Poderia a partir dessa fala afastar qualquer dúvida sobre a culpa de Eva? Poderia o sistema de persecução penal interpretar as falhas que Eva cometeu como consequência das ausências de um sistema de proteção estatal? A responsabilidade criminal de Eva sobre a exposição dos filhos aos crimes sexuais passou a ser averiguada em outro procedimento investigativo, desmembrado da investigação do autor dos crimes.

O filme escancara uma realidade dura, estampa uma discussão sobre inocentes, culpados e como o amor pode aparecer em circunstâncias de um crime. Tal aspecto aproxima-se de algum modo à experiência de trabalho no PAEFI ao apresentar perguntas sobre o que se percebe do que se faz e do que é necessário para que essa leitura seja feita. Quem consegue ler o mundo e perceber-se como agente da própria vida e como responsável pela vida de outro, como acontece no caso de crianças e adolescentes? Qual a condição psíquica para isso ocorrer? Tanto no longa-metragem quanto no PAEFI, aparece o paradoxo entre o ver, o admitir, o desconhecer e o negligenciar.

Quanto ao filme, o destaque importante, nesse contexto, é a função exercida por Mike no processo de “abertura da visão” da sua ex-amante. Durante os anos em que Hanna esteve reclusa, ele enviou gravações em fitas com seus áudios descrevendo os livros que outrora lia a pedido dela. Tal apoio, mesmo que não intencional, foi suficiente para que Hanna encontrasse algo que a mobilizasse no processo de autoalfabetização.

Tanto no filme quanto na história de Eva, percebe-se o suporte tradutivo do outro, seja na esfera privada ou institucional, como fundamental no apoio à saída da condição de passividade originária que tomava conta de ambas. Eva já tendo constituído outra família e com uma nova criança demonstra ter sido levada de um lugar a outro. Rememorando a situação vivida continuava a falar: “eu não sou mais a mesma pessoa”. A fala da genitora era legitimada por profissionais da saúde que informavam que os cuidados dirigidos à nova criança estavam sendo “realizados de maneira impecável”.

O quanto o sujeito sabe daquilo que faz, pratica ou omite? Qual a responsabilidade legal naquilo que nem o próprio sujeito consegue reconhecer? Hanna assume a responsabilidade por um crime para não admitir um fato que é vergonhoso para si: não saber ler/escrever. Sobre isso ela consegue se posicionar, avaliar e optar por omitir. Mas a omissão de uma verdade poderia tê-la salvado de uma punição mais severa. Ela sabia disso? A culpa teria peso menor que a “vergonha”? Eva, por sua vez, não alcança essa compreensão. Sua responsabilidade nunca foi admitida e embora em novas formas de maternidade, ela foi penalizada com o afastamento das crianças.

Por fim é preciso lembrar, também, que o tempo de ação e atuação das políticas públicas e do poder público, por vezes, contrapõe-se ao da família, levando a uma tentativa tardia de atuação e refletindo em prejuízos para suas vítimas e responsáveis, muitas vezes, com o abrupto rompimento dos vínculos familiares. Nesse aspecto, o caso apresentado parece indicar alternativas para que a cegueira que acomete os tantos episódios de violência sexual não alcance a política de assistência social. Ressalta-se que as ocorrências de tais episódios ocorrem não apenas no âmbito familiar, mas além dele, como nas instituições religiosas, federações esportivas, entre outros. Aponta-se aqui, na perspectiva do SUAS e como forma de evitar sua cegueira, a necessidade de amparo aos genitores tanto quanto às vítimas contribuindo para o fim dos ciclos de repetição do fenômeno em seu meio intrafamiliar.

A proteção da infância é um bem jurídico de caráter universal. A responsabilidade por sua integralidade está para além da família, vincula todo um sistema que deve agir, proteger e fomentar políticas capazes de prevenir as violências, seja quando há repetição; seja por cegueira; seja por omissão.

7. Referências

- ANTUNES, S. P. *Os caminhos do trauma; em Niccolas Abraham e Maria Torok*. São Paulo: Escuta. 2003. 112p.
- BELO, Fábio. O ‘Leitor’, de Bernard Schlink, e ‘Ressurreição’, de Tolstói: vergonha, responsabilidade e resposta. 22p. Disponível em: <<https://fabiobelo.com.br/wp-content/textos/vergonha.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2022.
- BELO, Fábio. *O excesso e a exceção: notas sobre ‘Ensaio sobre a Cegueira’*. Disponível em: <<https://fabiobelo.com.br/wp-content/textos/cegueira.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2022.
- BELO HORIZONTE. *Pedofilia: definições e proteção*. Polícia Civil de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2021.
- BELO HORIZONTE. Prefeitura de Belo Horizonte; Secretaria Municipal Adjunta de Assistência Social. *Metodologia de trabalho com famílias e comunidades nos Núcleos de Apoio à Família — NAF* (Centro de Referência de Assistência Social). Belo Horizonte: PBH, 2007.

BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Assistência Social, Segurança Alimentar e Cidadania – Subsecretaria de Assistência Social. *Caderno de orientações para elaboração de relatórios técnicos socioassistenciais* [livro eletrônico]: aspectos éticos, técnicos e metodológicos. Liliane Neves e Simone Albuquerque (coord.). 1. ed. Belo Horizonte, MG: Conselho Regional de Serviço Social, 2020.

BLEICHMAR, S. 2005. *Clínica psicanalítica e neogênese*. São Paulo: Annablume, 2005.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Crianças e adolescentes são 79% das vítimas em denúncias de estupro registradas no Disque 100*. Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/junho/criancas-e-adolescentes-sao-79-das-vitimas-em-denuncias-de-estupro-registradas-no-disque-100>>. Acesso em: 15 ago. 2022

BRASIL. Decreto Lei de n.º 2.848, de 1949. Código Penal. Brasília: Planalto, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Decreto de n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990. Dispõe sobre a promulgação da Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Lei de n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 ago.2022.

BRASIL. Resolução n.º 109, de 11 de novembro de 2009. Aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/resolucao_CNAS_N109_%202009.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CARDOSO, M. R. *Superego*. São Paulo: Escuta. 2002. 224p.

CARDOSO, M. R. Repensando o trauma e o intraduzível com Jean Laplanche. In: KUPERMANN, D. (coord.) *Por que Laplanche?* São Paulo: Zagodoni. 2017.

CARVALHO, M. T. M. Sofrimento psíquico, acontecimento traumático e angústia pulsional. *Psicol. Estud.*, v. 17, n. 3, set. 2012. pp. 847–497. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pe/a/3Jmg8gW98TXyx79j65WmPxxw/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

COELHO, Pedro. *Valoração paralela na esfera do profano*. Blog Ebeji Conhecimento Jurídico. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/httpblog-ebeji-com-brvaloracao-paralela-na-esfera-do-profano/>> Acesso em: 15 ago. 2022.

DICIONÁRIO DE DIREITO. *Deusa da Justiça; quem é; o que significa; quem é a mulher?* Disponível em: <dicionariodireito.com.br>. Acesso em: 15 ago.2022.

FERENCZI, S. Confusão de língua entre os adultos e a criança. In: _____. *Obras completas; psicanálise IV*. Tradução: Álvaro Cabral, 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 211. p.11–121.

FRANÇA, C.P.; ROMAN, I. D.V.; BACELETE, L. “Eu não sabia...”. In: FRANÇA, C. P. (org.). *Perversão: as engrenagens da violência infantojuvenil*. Rio de Janeiro: Imago, 2010. p.67–72.

FREUD, S. Projeto para uma psicologia científica [1896]. In: *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, v. 1, Rio de Janeiro: Imago. 1996, p. 339–455.

_____. Carta 52 [1896]. In: *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, v. 1, Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 287–293.

_____. A contribuição psicanalítica da perturbação psicogênica da visão [1910]. Tradução: J. Salomão. In: *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*, v. XI, Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 223–230.

_____. Recordar, repetir e elaborar (novas recomendações sobre a técnica da psicanálise II), 1914. In: *O caso Schreber; artigos sobre técnica e outros trabalhos*. Edição standard brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud), v. XII. Rio de Janeiro: Imago, 1996. pp.231–244.

_____. Além do princípio do prazer [1920]. In: *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*, v. XVIII, Rio de Janeiro: Imago, 2006, pp. 17–72.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017. 1295p.

LAPLANCHE, J. *Vida e morte em psicanálise*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1985. 143p.

_____. *Novos fundamentos para a psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, 92p.

_____. O crime sexual. In: _____. *Sexual: a sexualidade ampliada no sentido freudiano*, Porto Alegre: Dublinense, 2015. pp. 137–153.

_____. Três acepções da palavra “inconsciente” no âmbito da teoria da sedução generalizada. In: _____. *Sexual: a sexualidade ampliada no sentido freudiano*, Porto Alegre: Dublinense, 2015, p. 190–206.

MASSON, C. *Direito Penal; parte geral*. 14. ed. São Paulo: Método, 2020.

MELO, M.; RIBEIRO, P. Modelos do trauma em Freud e suas repercussões na psicanálise pós-freudiana. *Revista Percurso*, São Paulo, n. 37, 2006. p. 33–44. Disponível em: <http://revistapercurso.com.br/index.php?apg=artigo_view&ida=249&ori=edicao&id_edicao=37>. Acesso em: 15 ago. 2022.

O GLOBO. *De anos após condenação do ‘monstro de Amstetten, saiba como estão o algo e suas vítimas*. 2019. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-acervo/post/dez-anos-apos-condenacao-do-monstro-de-amstetten-saiba-como-estao-o-algoz-e-suas-vitimas.html#:~:text=O%20pr%C3%B3prio%20criminoso%2C%20que%20se,internada%20%C3%A0s%20pressas%20num%20hospital>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

O LEITOR. Stephen Daldry. Produção de Anthony Minghella e Sydney Pollack. Alemanha/Estados Unidos: Imagem Filmes, 2008, 124min.

SÓFOCLES. Édipo Rei. Domínio Público.

PAULA, J.P.R. *Tradução e transposição no campo da pulsão de morte*. 2008. 13f. Dissertação (Mestrado Psicologia) — Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

VIDAL, Nelson. A valoração paralela na esfera do profano e o dever de informar-se como óbices ao reconhecimento do erro de proibição inevitável. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2836, 7 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18850>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

ARTIGO IX

A Defensoria Pública como defensora da criança

The Public Defender's Office as a child defender

BRUNO FIORIN HERNIG

Defensor público de Minas Gerais. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Processual Civil. Foi membro e secretário da Câmara de Estudos da Infância e Juventude da DPMG. Foi membro da Comissão da Infância e Juventude da ANADEP. Foi defensor público do Amazonas.

LUCIANA BRAVO GERRERO

Defensora pública de Minas Gerais. Pós-graduada Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal. Foi membra e coordenadora da Câmara de Estudos da Infância e Juventude da DPMG. Foi analista jurídica do Ministério Público de São Paulo.

MARIANA BISSONI DE SOUZA

Defensora pública de Minas Gerais. Foi membra da Câmara de Estudos da Infância e Juventude da DPMG.

Resumo: A Defensoria Pública possui função institucional de exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, ante a vulnerabilidade organizacional desse grupo social. Nesse sentido, o estudo se debruça sobre o Instituto da Defensora e do Defensor da Criança, por meio da investigação histórica dos direitos das crianças e dos adolescentes, do direito comparado, da normativa nacional e internacional, jurisprudencial e doutrinária do tema, suas hipóteses de atuação no âmbito da Defensoria Pública e a relação com o papel desenvolvido por outros institutos processuais. Por fim, ressalva o papel jurídico deste instituto para a superação definitiva da doutrina da situação irregular, dando finalmente voz e vez às crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Criança e adolescente; Proteção integral; Vulnerabilidade organizacional; Defensora e Defensor da Criança.

Abstract: *The Public Defender's Office has an institutional role to defend the individual and collective interests of children and adolescents, given the organizational vulnerability of this social group. In this sense, the study focuses on the Institute of the Child's Defender, through the historical investigation of the rights of children and adolescents, comparative law, national and international regulations, jurisprudence and doctrinal on the subject, its hypotheses of performance within the scope of the Public*

Defender's Office and the relationship with the role played by other procedural institutes. Finally, it emphasizes the legal role of this institute for the definitive overcoming of the doctrine of irregular situations, finally giving children and adolescents a voice.

Keywords: *Public Defender's Office; Child and teenager; Comprehensive protection; Organizational vulnerability; Child Defender.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Defensoria Pública na defesa dos grupos vulnerabilizados: crianças e adolescentes; 3. A Defensora e o Defensor da Criança: dar voz e vez às crianças e adolescentes; 4. A Defensoria Pública como defensora da criança e os institutos da substituição processual, curadoria especial e *custos vulnerabilis*; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

A doutrina universal dos direitos humanos se baseia na ideia de que todas as pessoas, dentre as quais as crianças e os adolescentes, gozam dos direitos estabelecidos para os seres humanos, sendo dever dos Estados promover e garantir sua efetiva proteção em bases equitativas. Em razão disto, se reconhece a existência de proteções jurídicas e de direitos específicos para determinados grupos de pessoas vulnerabilizadas, entre os quais, os das crianças e dos adolescentes (CORRÊA LOUREIRO, 2021, p. 60-65).

Como consequência, crianças e adolescentes se tornaram sujeitos de direitos, em contraposição à prévia doutrina da situação irregular. A partir da Constituição Federal de 1988, adotou-se a doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes, sendo que o artigo 227 da Carta Política dispõe que a família, a sociedade e o Estado são obrigados a assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, seus direitos fundamentais.

Vale lembrar a doutrina da situação irregular, insculpida pela Lei nº 6.697/1979, conhecida como Código de Menores. A legislação possuía caráter tutelar, abrangendo a ideia de criminalização da pobreza, tendo como destinatários as crianças e adolescentes pobres em situação de abandono ou cometimento de atos infracionais.

Aluísio Nunes Ré (2016, p. 675) esclarece que:

O Código de Menores de 1979, nos moldes do Código de Menores Mello Mattos, reflete o pensamento criminológico positivista, adotando o paradigma etiológico ao estabelecer que a criança e o adolescente são objetos da norma que merecem tratamento quando se encontram em situação irregular, o que legitimava práticas autoritárias, repressivas e incriminadoras da pobreza.

As crianças e os adolescentes “em situação irregular” eram uma patologia social que se buscava corrigir (SEABRA, 2020, p.43). Verifica-se que, ao tempo, a própria lei fazia distinção acerca de quais crianças e adolescentes seriam alvos de preocupação estatal, estampando o caráter correicional da norma.

Nesta doutrina, crianças e adolescentes, aos olhos do direito, possuíam enfoque de objeto da assistência estatal, de modo que os poderes restavam centralizados na autoridade pública, o juiz, que possuía ampla margem de discricionariedade, atuando quase como um *pater familias*. A vontade, opinião ou sentimentos da criança ou do adolescente não tinham relevância, uma vez que os conflitos eram resolvidos exclusivamente sob o viés dos adultos envolvidos.

Com a Constituição de 1988, aliada ao avanço histórico da normativa internacional, a doutrina da situação irregular passou a ser insustentável, sendo consagrada a doutrina da proteção integral, na qual crianças e adolescentes se tornaram sujeitos de direitos, sendo seu reconhecimento formal ocorrido com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990.¹

A despeito da doutrina da situação irregular ter sido substituída pela da proteção integral, perante a atuação institucional hodierna, é possível notar a utilização do princípio do melhor interesse como uma carta-branca para que se possa tomar qualquer decisão a respeito da vida das crianças e dos adolescentes, em nome de sua pretensa proteção, retornando-se ao paradigma da incapacidade.

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança² assinala que o interesse superior da criança será uma consideração primordial em processos decisórios que a afetem, sugerindo que o interesse da criança – ou seja, seus direitos – não são assimiláveis ao interesse coletivo. Pelo contrário, reconhece que os direitos da criança podem entrar em conflito com o interesse social ou com uma determinada comunidade e que os direitos da criança devem ser prioritariamente ponderados (CILLERO, 2012).

Ante o arcabouço protetivo disposto, a Defensoria Pública, no art. 134 da Constituição Federal, foi erigida como instrumento e expressão do regime democrático, tendo como missão a promoção dos direitos humanos e a defesa judicial e extrajudicial dos necessitados (BRASIL, 1988).

Entre as funções institucionais da Defensoria Pública, está a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, de acordo com a Lei Complementar 80/94, artigo 4º, inciso XI. Ainda, essa defesa deve ser realizada com prioridade

¹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente (BRASIL. Lei nº 8.069, 1990).

² Instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países, sendo o Brasil um dos primeiros a ratificar em 24/09/1990, por meio do Decreto nº 99.710/90 (BRASIL, Decreto nº 99.710/90, 1990).

absoluta na destinação de recursos públicos, na tramitação dos procedimentos e nos atendimentos, segundo comando constitucional³, legal⁴ e normativo⁵.

É sob esse prisma que a atuação da Defensoria Pública como defensora da criança pode ser um mecanismo de atuação de uma justiça efetiva, vez que a instituição possui atribuição e qualificação para desempenhar o papel de representante postulatório de crianças e adolescentes.

O presente trabalho debruça-se sobre o instituto, por meio da investigação do direito comparado, normativa, jurisprudencial e doutrinária do tema, suas hipóteses de atuação no âmbito da Defensoria Pública e a relação com o papel desenvolvido por outros institutos processuais.

2. A Defensoria Pública na defesa dos grupos vulnerabilizados: crianças e adolescentes

A Defensoria Pública é o órgão que exerce a política pública de acesso à justiça aos necessitados, através das funções institucionais dispostas no art. 4º, incisos I a XXII, da Lei Complementar nº 80/94 e suas alterações substanciais da Lei Complementar 132/09 (PACHECO, 2022, p. 203).

Em interpretação restritiva, a princípio, o conceito de necessitado restou vinculado ao conceito de hipossuficiência financeira. A estruturação jurídica da Defensoria Pública era vocacionada em análise individualista e sob o crivo econômico, exclusivamente.

Entretanto, com o advento da Defensoria Pública na Constituição Federal de 1988, bem como ante as reformas constitucionais 45/2004, 74/2013 e especialmente a 80/2014, consolidou-se a superação do conceito de necessitado pelo simples viés econômico, estimulando-se a assistência jurídica integral

³ Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

⁴ Art. 152, § 1º É assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes (BRASIL. Lei nº 8.069, 1990).

⁵ No âmbito da Defensoria Pública de Minas Gerais, por exemplo: Art. 1. Os órgãos da Defensoria Pública com desempenho de funções em favor das crianças e dos adolescentes priorizarão a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes (DPMG, Deliberação do Conselho Superior nº 177/2021) e Art. 1º As membras e membros com atribuição cível ou infracional perante as Defensorias da Criança e Adolescente deverão assegurar o pleno, integral e gratuito acesso destes sujeitos ao sistema jurídico, por meio da atuação na qualidade de Defensora ou Defensor da Criança e Adolescente, sempre que o exercício dessa função institucional se mostrar possível (DPMG, Instrução Normativa da Corregedoria Geral nº 15/2021).

e gratuita frente a diversas vulnerabilidades, renovando-se seu conceito constitucional, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶.

De fato, as atribuições da Defensoria Pública devem ser interpretadas a partir de uma visão constitucional e calcadas nos objetivos maiores da República Federativa do Brasil, buscando a proteção integral dos vulnerabilizados em suas mais variadas dimensões. Denota-se que, de uma postura individual, o conceito de necessitado foi progressivamente ampliado.⁷

O acesso à justiça realizado pela Defensora Pública passou a ser efetivado ante as diversas vulnerabilidades, como a organizacional e a jurídica. Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, em parecer lançado na Adin n. 3.943:

Assim, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e do que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à ideia generosa do amplo acesso à justiça de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias, ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Rodolfo Camargo Mancuso (2008, p. 162) destaca que:

O conceito de necessitado não pode, em pleno século XXI, prender-se à mesma leitura reducionista das priscas eras (Lei nº 1.060/50), velha de quase sessenta anos!, texto reportado a uma época, a uma sociedade e a um Brasil muito distantes da realidade contemporânea.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça atentou-se às reformas legislativas:

A legitimidade da Defensoria Pública, nos termos da jurisprudência do STJ, deve ter por parâmetro a amplitude da expressão ‘necessitados’, que não se restringe, exclusivamente, às pessoas economicamente hipossuficientes, mas sim a todos os socialmente vulneráveis (STJ, RMS 66313 MT 2021/0123816-9, 2021).

A Defensoria Pública, em seu viés solidarista e confirmatório da segunda onda renovatória de acesso à justiça (ESTEVEES, 2018, p. 37), possui atuação

⁶ STF. ADI:2.903/PB, 2005; ADI 3.643/RJ, 2006; STF. ADI: 3.569/PE, 2007. STF. ADI 4.163/SP, 2012; STF. ADPF 307 MC-Ref/DF, 2013; STF. AI 598.212 ED/PR, 2014, dentre muitos outros.

⁷ Abrindo espaço para outras hipossuficiências, como portadores de necessidades especiais, vítimas de violência doméstica, vítimas de tortura, discriminação ou outras formas de opressão e violência (BRASIL, Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994). As atribuições típicas (tradicionais) foram abrindo espaço para as atípicas (não tradicionais, tendências solidaristas). Vulneráveis, assim, não se restringem mais ao tamanho do bolso.

em prol de crianças e adolescentes ante a vulnerabilidade organizacional desse grupo social⁸, sendo que esta atuação não pode ser afetada por critérios pessoais da Defensora ou Defensor Público (BRASIL, art. 4º, inciso XI, Lei Complementar nº 80/1994).

Nesse jaez, Luciano Rossato (2018, p. 555) afirma que, em relação às crianças e adolescentes, a assistência pela Defensoria Pública deste grupo não deve se limitar à condição financeira:

Adotando-se uma interpretação que melhor protege o interesse de grupos especiais, no caso específico, aquele formado por crianças e adolescentes, a sujeição à assistência por parte da Defensoria Pública deve ser tomada no sentido mais amplo possível, para englobar não só aqueles desprovidos de condições financeiras para arcarem com os custos de um advogado privado, mas também os cidadãos que pertencem às minorias, ou seja, grupos sociais que permanecem marginalizados devido ao fato de ostentarem características especiais, como por exemplo, os idosos, as crianças e os adolescentes.

Nesse sentido, teria a Defensoria Pública legitimidade para atuar na defesa de direitos de toda e qualquer pessoa em desenvolvimento, independentemente de sua condição econômica, em claro atendimento ao meta princípio da proteção integral, insculpido no artigo 1º e no parágrafo único do art. 100, ambos do Estatuto.

Dentro do contexto, tendo como eixo interpretativo a Constituição Federal e o conceito amplo de necessitado, a representação judicial e extrajudicial dos hipossuficientes e grupos vulnerabilizados ganhou destaque. Assim, a Defensoria Pública é a instituição apta e vocacionada a desenvolver esse papel, dada sua especialização nas mazelas que atinem aos grupos historicamente marginalizados, conhecendo as barreiras do acesso individual ou coletivo à justiça.

Neste viés, a Defensoria Pública se eleva como instituição qualificada para desempenhar o papel de representante postulatório de crianças e adolescentes como Defensora da Criança (NESRALA; SCHWAN; DINIZ, 2020, p. 155-174):

Caberia, inegavelmente, à Defensoria Pública, porque pode exercer inclusive a função típica de representação, pleitear o ingresso do sujeito protegido nos autos. Poderia então, a criança ou adolescente afetado falar diretamente nos autos, [...] podendo trazer à tona inclusive interesses de ordem disponíveis,

⁸ §2º. Consideram-se hipossuficientes jurídicos, entre outros previstos em lei: [...] e) toda criança e adolescente, na forma do artigo 141, da Lei n. 8.069/1990; §3º. Consideram-se hipossuficientes em razão de vulnerabilidade social os grupos que, independente da condição econômica, merecem especial proteção do Estado, em razão de circunstância que os coloque em situação de risco ou desvantagem social, tornando-os mais suscetíveis de sofrerem violações em seus direitos (DPMG, Deliberação do Conselho Superior n. 113/2019).

mas que deseja ver discutidos nos autos. Tal configuração, por óbvio, não dispensa a assistência da equipe técnica, inclusive para evitar a violência institucional; mas precisa ser discutida a sério, de modo a evitar, cada vez mais, que os operadores de direito, adultos, tomem decisões sem sequer considerar o ponto de vista particular da criança ou adolescente afetados cotidianamente por tais decisões.

O representante processual da criança é verdadeiro “advogado da criança”, responsável pela defesa técnica em juízo de todos os interesses e vontades manifestadas por ela e não do seu suposto ou eventual “melhor interesse”, ficando este à cargo do Judiciário interpretar.

Aluísio Nunes Ré descreve que esta atuação é desapegada do melhor interesse da criança, mas sim na vontade do próprio interessado, como sujeito de direitos (RUGERRI RÉ, 2016, p. 733):

Nesse caso, como defensor da criança/adolescente, deve atuar como representante processual na promoção da vontade da criança e do adolescente, desde que essa goze de razoável plausibilidade jurídica, sem nenhum juízo de ordem fática, ideológica ou sentimental.

Trata-se, em verdade, do exercício à liberdade de opinião e expressão da criança, evitando-se o reducionismo de ter seus direitos como objeto de tutela exclusivamente por terceiros.

Portanto, a Defensora e o Defensor da Criança corroboram a função constitucional da Defensoria Pública em defesa dos vulnerabilizados, não limitada a sua hipossuficiência econômica, além de se mostrarem como mecanismo para efetivar a doutrina da proteção integral, de modo a viabilizar que crianças e adolescentes sejam efetivamente ouvidos.

3. A Defensora e o Defensor da Criança: dar voz e vez às crianças e adolescentes

Como sujeitos de direitos, as crianças e os adolescentes devem ter a sua opinião amplamente considerada, por serem os maiores interessados nos casos que lhe dizem respeito. Assim, a possibilidade de ser representado pela Defensoria Pública é um avanço para a definitiva superação da doutrina da situação irregular.

O papel da Defensora e do Defensor da Criança é levar ao processo o que esse grupo social deseja, visando dar efetividade ao seu direito de ser ouvido e escutado

dentro do processo, de acordo com as suas vontades e sempre respeitando a sua autonomia progressiva (GRANICA; SOTOLANO, 2009 *apud* CAMPOS, 2020).

A Defensoria da Criança encontra amparo na normativa internacional, especialmente no art. 12 da Convenção sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes (internalizada pelo Decreto Federal n. 99.710/90).

No direito comparado, verifica-se que alguns países já regulamentaram a atuação como Defensora e Defensor da Criança. É o caso da Argentina, por meio da regulamentação da *Ley 14.568* (ARGENTINA, 2005), com o *abogado del niño*.

Acrescente-se que as legislações internacionais têm apontado para uma mudança significativa do sistema de proteção das crianças e adolescentes. Isso porque, não mais se fala apenas em uma Justiça Especializada, mas em uma Justiça Amigável: uma justiça que encampa tais direitos humanos fundamentais é uma justiça amigável à criança, ou *Child-Friendly Justice* (Council of Europe, 2010).

Por sua vez, na normativa nacional, é possível extrair o fundamento normativo do art. 4, XI, da Lei Complementar n. 80/94 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública); art. 88, inciso VI, art. 141 e art. 206, todos da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); art. 5, inciso V e VII e art. 6, da Lei n. 13.431/2017 (Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Vítima ou Testemunha de Violência); art. 3, § 3, da Lei n. 8.742/1993 (Lei do SUAS); art. 8 e 9 da Resolução 113 (CONANDA).

Ainda, recentemente, foi introduzida nova previsão de atuação da Defensoria Pública como órgão de prevenção e proteção dos direitos perante violência doméstica e familiar contra a criança e ao adolescente nos arts. 3, inciso III, c/c 18 e 19, parágrafo único, Lei n. 14.344 (BRASIL, 2022).

À vista disso, a defensora e o defensor da criança deverão atuar na assistência jurídica integral e gratuita da criança e do adolescente que tiver seus direitos sendo tutelados e/ou julgados, ainda que esta pessoa em desenvolvimento não seja formalmente parte do processo.

Ou seja, o instituto é a defesa da vontade da criança não restrita à ótica de terceiros, ainda que tecnicamente imparciais no processo. Há a concretização, finalmente, da criança e do adolescente não como destinatário, mas como parte mais interessada na lide, merecendo ser juridicamente assistida.

E ainda (DIGIACOMO; DIGIACOMO, 2013, p.31):

Não mais é admissível, portanto, pura e simplesmente invocar, de forma vaga e vazia de conteúdo, que se está agindo no “melhor interesse do menor” (sic.), como quando da vigência do Código de Menores, mas sim é necessário colher elementos idôneos, inclusive junto à própria criança ou adolescente, para que

se tenha o máximo de garantias de que tal solução é, de fato, a mais adequada. A participação da criança na tomada de decisões que irão lhe afetar diretamente, ademais, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, servindo o contido no presente dispositivo, que tem respaldo no art. 12, da Convenção da ONU Sobre os Direitos da Criança, de 1989, de parâmetro para a aplicação de todas as demais medidas de proteção previstas no ECA (vide o princípio expressamente consignado no art. 100, par. único, inciso XII, do ECA).

Do exposto, nota-se que não é possível limitar a atuação do Defensor da Criança às medidas de proteção (e sua execução), ações de guarda, tutela e adoção, dentre outros. Afinal, a figura realiza a missão constitucional de ser instrumento real de direitos reconhecidos em normas nacionais e internacionais (NESRALA; SCHWAN; DINIZ, 2020, 155-174).

Tal função institucional abrange o acesso à justiça hodierna, em que o sujeito de direito criança e/ou adolescente em julgamento possui voz e instrumentos para que seus interesses sejam juridicamente efetivados (MANCUSO, 2018, p. 258):

Na verdade, a função judicial do Estado somente se justifica e se legitima, não por si mesma, em modo autopoiético, mas sim na medida em que possa ofertar uma resposta de qualidade, a saber, revestida de seis atributos: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida reconhecido no julgado.

Neste viés, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais corroborou não só a atuação da Defensoria Pública como Defensora da Criança nas ações de medidas de proteção, adoção e guarda, mas também quando da prática de crimes contra criança e adolescente ou quando são testemunhas desses crimes (TJMG, Correição Parcial ADM n. 1.000.21.109527-8/000, 2021).

Debruçando-se sobre a jurisprudência, Adriano Leitinho Campos assevera a importância do instituto na defesa dos direitos da criança e do adolescente:

É exatamente nesse ponto que ganha relevância o(a) defensor(a) da criança, uma figura processual que vem surgindo no meio jurídico mundial, para dar vez e voz a toda criança, funcionando como representante dos seus interesses pessoais e individuais, nos procedimentos judiciais ou administrativos que sejam parte de alguma forma, equilibrando a relação processual em nome do princípio da igualdade das partes, e, garantindo a ampla defesa e o contraditório da criança e o devido processo legal, questões estas não respeitadas pela juíza de Tijucas (CAMPOS, 2022).

Deste contexto, é cabível a atuação, sem prejuízo de outras frentes que sejam identificadas pela Defensoria Pública, (1) em todas as causas perante a Justiça da Infância e da Juventude, sejam de natureza cível, infracional ou de crimes contra a criança ou adolescente e (2) nas demandas em que terceiros, ordinariamente pais, parentes, guardiães e pretenses de adoção, disputem sua guarda, direito de visitas e administração de sua vida pessoal, bens e patrimônios.

Para tal, exige-se do órgão de execução que atuará como Defensora ou Defensor da Criança (NESRALA; SCHWAN; DINIZ, 2020, p. 155-174):

- a) Contato direto e pessoal do defensor com a criança ou adolescente;
- b) Acesso irrestrito do defensor aos locais de internação coletiva e acolhimento em que se encontrem crianças e adolescentes para entrevista reservada ou requisição para que a criança ou adolescente seja levado à presença do defensor;
- c) Poder de adotar todas as medidas judiciais ou extrajudiciais cabíveis, tais como, ajuizar ações, intervir em processos, produzir provas e recorrer;
- d) O defensor deve abster-se de manifestar a sua opinião pessoal ou pugnar pelo “melhor interesse”, mantendo-se fiel ao propósito de levar ao processo a vontade da criança ou do adolescente, ainda que contrária ao senso comum ou ao “melhor interesse”;
- e) Quando a criança não tiver nenhuma condição de discernimento ou de expressar sua vontade ou, tendo-as, forem muito reduzidas, o defensor se limita a garantir seus direitos fundamentais materiais e procedimentais;
- f) Quanto maior a condição de discernimento da criança e expressão da vontade, mais a atuação do defensor se assemelha à defesa de um adulto.
- g) Natureza obrigatória da criança estar acompanhada de advogado constituído ou defensor público para aconselhá-la ou assisti-la em qualquer ato judicial ou extrajudicial em todos os feitos perante a Justiça da Infância e Juventude ou quando designado por qualquer juízo;
- h) Articular a rede local para defesa e proteção da criança e adolescente;
- i) Natureza facultativa nas demais hipóteses de atuação.

Para integralidade da atuação, deve a Defensora e o Defensor da Criança realizar busca ativa, avaliar a capacidade da criança ou adolescente, sendo pessoa em desenvolvimento, com direito à informação adequada ao seu momento de vida. Na seara processual, o acompanhamento deve ser desde o início do trâmite, realizando os atos ao lado da criança, inclusive servindo como limitação em casos de abusos de seus direitos. A criança e o adolescente, assim, gozam das ferramentas jurídicas que permitam ser pessoa perante o processo, não mais objeto (CAMPOS, 2022).

Assim, é inquestionável que a composição de debates acerca das crianças e dos adolescentes não pode ser feita sem a presença jurídica daqueles que serão diretamente impactados pelas decisões. Não se pode vislumbrá-los como objetos de proteção, mas como sujeitos de direito.

Mais que isso, a adequada representação é direito que deriva diretamente da garantia de acesso à justiça (BRASIL, art. 5, Constituição Federal, 1988), encarada sob os princípios constitucionais do solidarismo social.

4. A Defensoria Pública como Defensora da Criança e os institutos da substituição processual, curadoria especial e *custos vulnerabilis*

A atuação como Defensora ou Defensor da Criança foge às figuras já trazidas pelo ordenamento processual, como substituição processual e curadoria especial. O papel é o de levar ao processo o que as crianças e os adolescentes desejam, visando dar efetividade ao direito de se expressarem, de acordo com suas vontades e respeitando a sua autonomia progressiva.

De um lado, os substitutos processuais atuam no interesse de terceiro (a criança ou adolescente) em nome próprio. A título de exemplo, o Ministério Público atua como substituto quando propõe ações de destituição do poder familiar ou de acolhimento familiar ou institucional.

Nestes casos, o interesse resguardado no feito pelo Ministério Público é o interesse individual indisponível, substituindo tanto a criança quanto a sociedade, que inclui a possibilidade de se dispensar concordância ou a oitiva das crianças. Entretanto, não se pode olvidar que, nestas mesmas ações, há interesses individuais disponíveis em jogo, os quais a criança ou adolescente, como destinatárias da decisão final, poderiam se expressar e ser ouvidos por meio de seu legítimo representante (NESRALA; SCHWAN; DINIZ, 2020, p.155-174).

Nesse sentido:

Deve-se ressaltar que o Ministério Público, enquanto fiscal da ordem jurídico-democrática – e bem como conseqüências dessa missão como a função de ser titular da ação penal (*dominus litis*) e tutelar direitos indisponíveis –, possui autonomia e independência de manifestação para discordar e se contrapor a vulneráveis quando compreender que seu interesse não alcança a visão institucional da ordem jurídica. E tanto é assim, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) permite ao Ministério Público divergir do interesse do incapaz quando compreender pela não coincidência do referido interesse com a ordem jurídica (MAIA, 2021, p. 162).

Por outro lado, há a figura do curador especial, na qual, por disposição legal, a Defensoria Pública atua em nome e na defesa de interesse de terceiros. Este instituto se aproxima da proteção formal e abstrata do direito, como quando estes colidem com os pais/responsáveis legais ou não dispuserem de representante ou assistência legal.⁹

Considerando-se que a atuação como curador especial dispensa contato prévio com o curatelado, muitas vezes, a atuação não expressa a sua real vontade, vez que mais se aproxima dos aspectos processuais.

À vista disto, as figuras do curador especial e do substituto processual não asseguram, por si só, o direito de participação da criança e do adolescente. A Defensoria da Criança se difere por ser a representação da vontade manifesta desta, utilizando-se de todas as medidas jurídicas cabíveis para a sua tutela.

Atende, assim, ao direito à assistência jurídica da pessoa em desenvolvimento, não anulando a atuação do Ministério Público como substituto processual na defesa de direitos indisponíveis, já que todo o ordenamento pátrio estimula a pluralidade, mantendo-se o devido processo legal e o direito à razoável duração do processo.

Nesse sentido,

Para Maurilio Casas Maia, defensor público no Amazonas e criador da tese do *custos vulnerabilis*, “tanto o ‘defensor da criança’, quanto o *custos vulnerabilis* são novos mecanismos constitucionais para potencializar a proteção da criança e do adolescente”. Ele também destaca que “anteriormente ocorreram negativas jurisprudenciais ao *custos vulnerabilis* e ao defensor da criança por confusão, inadvertida e equivocada, com os pressupostos de outra função, a curadoria especial”. Já as novas decisões, conclui, “constitucionalizam os processos envolvendo crianças e adolescentes” (ANGELO, 2021).

Ou seja, a figura jurídica é fruto de esforço interpretativo de conferir a máxima efetividade aos direitos da criança e adolescentes, não havendo prejuízo algum à nobre atuação dos demais atores jurídicos e setores de apoio técnico.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁰ já reconheceu – e recomendou –

⁹ Art. 72, parágrafo único (BRASIL, Lei nº 13.105, 2015); art. 4, XVI (BRASIL, Lei Complementar nº 80, 1990); arts. 142, 148, parágrafo único “f” e 184 § 2 (BRASIL, Lei nº 8.069, 1990).

¹⁰ Destaca-se proposta normativa conjunta da Defensoria Pública de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para regulamentar a atuação da Defensoria Pública como Defensoria da Criança. A desembargadora Valéria Rodrigues Queiroz ressalta que “estar irmanados na quebra de velhos paradigmas garantindo, à criança e ao adolescente em situação de risco e vulnerabilidade, a presença de um defensor público que lhe represente juridicamente, independentemente de outros defensores que atuam no processo representando outras partes”. A proposta ainda alerta que tal recomendação não suprime atuação do Ministério Público em processos que envolvam crianças e adolescentes. Trata-se de uma assistência jurídica (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2022).

a intervenção da Defensoria Pública como “Defensora da Criança”, nos autos de medida de proteção conexa a pedido de destituição do poder familiar, diferenciando-se de outros institutos:

Conquanto seja vedada a atuação da Defensoria Pública no caso dos autos como curadora especial ou substituta processual, é plenamente viável – e recomendável – a sua intervenção como “Defensora da Criança”, ou seja, representante judicial de sua vontade e dos seus interesses individuais (TJMG. Agravo de Instrumento n. 1.0000.20.573190-4/001, 2021).

No mesmo sentido, o Tribunal reformou decisão de primeira instância que não conheceu de petição da Defensoria como Defensora da Criança:

As alegadas celeridade e economia processual sugeridas pelo ente ministerial, muito embora não sejam prejudicadas com a manutenção da decisão agravada, não podem, e nem devem, se sobrepor aos princípios e direitos fundamentais previstos tanto na CR/88 quanto no ECA referentes às crianças e adolescentes, notadamente considerando o fato de que a atuação da Defensoria Pública, na condição de Defensor da Criança, não anula a função exercida pelo Ministério Público como substituto processual na defesa de direitos individuais indisponíveis (TJMG. Agravo de Instrumento n. 1.0000.21.124354-8/001, 2021).

Por outro giro, a atuação como *custos vulnerabilis* é voltada na defesa de pessoas ou grupos vulneráveis, em caráter de terceiro interveniente no processo, *pro homine*, sem prejuízo da atuação do representante jurídico da parte (seja Defensoria Pública ou Advocacia). Logo, é atuação que não colide com a Defensoria da Criança, como descrevem Maurílio Casas Maia e Alfredo Oliveira (2020, p. 583):

os ‘novos papéis’ processuais assumidos pelo ‘Estado Defensor’ brasileiro, seja na condição de *Custos Vulnerabilis* ou de Defensor Público Integral da Criança –, são mecanismos distintos em suas funções e finalidades, contudo, ambos potencializam sua inserção institucional no microsistema protetivo e o papel cooperativo-democrático com as demais instituições.

Desse modo, esse importante instituto *é uma estratégica* via de manifestação institucional da Defensoria Pública em defesa dos vulnerabilizados, em ampla análise. Possui caráter de intervenção como terceiro impessoal no processo, ao passo que a Defensoria da Criança é a manifestação direta da vontade da criança/adolescente na lide.

Na atuação como *custos vulnerabilis*, o órgão defensorial não tolhe a manifestação do representante da parte (seja Defensoria Pública, seja Advocacia), em qualquer processo que haja vulnerabilizado. Por outro lado, a atuação da Defensoria da Criança é afeta específica a processos que envolvam crianças e/ou adolescentes e serve como representação da manifestação jurídica deste(s), não se confundindo com a atuação eventual do Ministério Público ou de representante jurídico de genitores, por exemplo.

Ambos os institutos podem servir como “instrumentos de cooperação interinstitucional e integração dialógica entre as instituições, em especial as do Sistema de Justiça” (MAIA, 2021, p. 174). Portanto, pode-se concluir que a Defensoria da Criança seria o “megafone” (MAIA, 2021, p. 174-175), meio de respeito do sujeito de direitos que está em processo de formação, concedendo o acesso à ordem jurídica justa à criança e/ou adolescente.

5. Conclusão

Diante de todo o exposto, a Defensoria Pública como Defensora da Criança consolida o direito de participação ativa das crianças e dos adolescentes no exercício de seus direitos previstos nas normas internas e internacionais.

Ainda, reconhece o direito a um órgão de execução responsável para atuar defendendo apenas os seus interesses particulares, as suas vontades externadas (COUTINHO, 2020), independentemente de análise de julgamentos e entendimentos pessoais do órgão de execução de qual seria o melhor interesse da criança e adolescente.

Por meio de tais diretivas será dada voz e vez às crianças e adolescentes, o que possivelmente não ocorre quando há apenas a atuação do Ministério Público, face à sua impossibilidade de atender a todo o desiderato da ordem jurídica protetiva, eis que defende direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis e a sua função exercida de substituição processual não contempla, por si, a efetiva participação do sujeito protegido no processo.

Destarte, verifica-se que a figura em análise não se confunde com outros institutos de defesa, como substituição processual, curadoria especial e *custos vulnerabilis*, sendo a manifestação da consolidação e reconhecimento ao acesso à justiça direto, por parte das crianças e adolescentes.

Outrossim, a atuação da Defensoria Pública como Defensor da Criança não está vinculada a análise de hipossuficiência econômica, mas

sim à vulnerabilidade organizacional inerente às crianças e adolescentes¹¹, a demandar instrumentos necessários para efetivar e concretizar o seu direito fundamental de acesso à justiça.

O eventual impedimento jurídico da atuação do Defensor da Criança não encontra amparo constitucional, além de ir de encontro ao tratamento da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento ativo na construção da melhor norma jurídica individualizada que lhe seja afeta.

Negar a possibilidade de atuação do Defensor da Criança contribui para a permanência de resquícios da doutrina da situação irregular, onde crianças e adolescentes são vistos e tratados como meros objetos, que só careceriam de tutela estatal quando em situações discriminadas, como quando autores de ato infracional.

Este tratamento não pode ser admitido em um ordenamento jurídico republicano e democrático, em que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos com prioridade absoluta garantida expressamente pela Constituição Federal de 1988.

A Defensoria Pública, dessa forma, com o fortalecimento do novo papel, caminha em implementação da missão constitucional de ser 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, difusos e coletivos.

Tal premissa constitucional, por conseguinte, abarca a defesa da criança e do adolescente, fortalecendo sua participação ativa, prestigiando preceito universal de direitos humanos e garantias sociais.

6. Referências

ANGELO, Tiago. *Tribunais autorizam novos tipos de atuação da Defensoria em favor de crianças*. In: Consultor Jurídico. São Paulo, 27 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-27/tribunais-autorizam-novas-atuacoes-defensoria-favor-criancas>>. Acesso em: 3 ago. 2022.

¹¹ 100 Regras de Brasília – Seção 1ª – Finalidade (1) As presentes Regras têm como objectivo garantir as condições de acesso efectivo à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, sem discriminação alguma, englobando o conjunto de políticas, medidas, facilidades e apoios que permitam que as referidas pessoas usufruam do pleno gozo dos serviços do sistema judicial.

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, género, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(5) Toda a criança e adolescente deve ser objeto de uma especial tutela por parte dos órgãos do sistema de justiça em consideração ao seu desenvolvimento evolutivo (Grupo de Trabalho constituído na Conferência Judicial Ibero-americana, 2008).

ARGENTINA. Ley n. 26.061/05, octubre, 21 de 2005. Art. 50 – *Ley de Protección Integral de los Derechos de Las Niñas, Niños y Adolescentes*, Buenos Aires. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.ht>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 ago. 2022.

_____, *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990994/D99710.htm#:~:text=Quando%20uma%20crian%C3%A7a%20se%20vir,a%20restabelecer%20rapidamente%20sua%20identidade>. Acesso em: 7 ago. 2022.

_____, *Lei Complementar nº 80*, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 7 ago. 2022.

_____, *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 7 ago. 2022.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 2 de ago. 2022.

CAMPOS, Adriano. Defensor e a garantia dos direitos da criança vítima de abuso sexual. *Conjur*, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/tribuna-defensoria-garantia-direitos-crianca-vitima-abuso-sexual>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northflee. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. 168p.

CILLERO, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*. In: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (Org.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá, 1998. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança. Tradução: Eliete Wofff. *Infância, lei e democracia na América Latina. Análise crítica do panorama legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998)*, v. 1, 2001. In: XV Curso de Especialização Internacional de Proteção Jurisdicional dos Direitos da Criança, São Paulo, 12, 2012. Universidade Bandeirantes – Uniban/Anhanguera, 2012.

CORRÊA LOUREIRO, Wellerson Eduardo da Silva. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e a vinculação com os instrumentos de proteção e garantia dos Direitos Humanos. In: SOARES, Ângela Mathylde; OLIVEIRA, Fábio Rocha de; GONÇALVES, Luciane Faria Travesso; CAPELLINI, Simone Aparecida (org.). *Os 30 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente; reflexões jurídicas e transdisciplinares*. 1. ed. Rio de Janeiro: Wak Editora, 2021, p.60-65.

_____. A legitimidade da Defensoria Pública para a defesa do direito difuso das crianças na judicialização da educação como fundamento para o Tema da Repercussão Geral 607 do STF. In: CAMPOS, Adriano Leitinho; BARRETO, Ana Cristina Teixeira; LIMA JÚNIOR, Francisco Rubens de. FARIAS, José Vagner de; LIMA, Juliana Nogueira Andrade (org.). *A defesa dos direitos da criança e do adolescente; uma perspectiva da Defensoria Pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

COUNCIL OF EUROPE. *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*. Building a Europe for and with children. 2010. 51p. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804b2cf3>. Acesso em: 7 ago. 2022.

COUTINHO, Adriano Leitinho Campos. *O defensor da criança e do adolescente*. In: Empório do Direito.com.br. Coluna Defensoria e Sistema de Justiça. São Paulo, 27 ago. 2020. Disponível em: <<https://emporiოდireito.com.br/leitura/o-defensor-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

DELBROUCK, Cecile. L'avocat du mineur; la Cadre legal et son application. *JDJ*, n. 250, déc. 2005. p.17-21

DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim; DIGIÁCOMO, Murillo José. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. 7. ed. Curitiba: MPPR – CAOPCAE. 2017

DPMG. *Deliberação do Conselho Superior nº 113/2019*. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais em 22/11/2019, Diário do Executivo, p.3. Disponível em: <<http://jornal.iof.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/226799>>. Acesso em: 7 ago. 2022.

_____. Deliberação do Conselho Superior nº 177/2021. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, em 18/06/2021, Diário do Executivo, p.4. Disponível em: <<http://jornal.iof.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/250589/>>. Acesso em: 2 ago. 2022

_____. Instrução Normativa da Corregedoria-Geral nº 16/2022. Disponível em: < <https://defensoria.mg.def.br/atos-normativos/instrucoes-cg/>>. Acesso em: 7 ago. 2022.

ESTEVES, Diogo; ALVES DA SILVA, Franklyn. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1052 p.

GRANICA; Sotolano, 2009 *apud* CAMPOS, Adriano Leitinho. *O Defensor da Criança e do Adolescente*. In: Empório do Direito.com.br. Coluna Defensoria e Sistema de Justiça. São Paulo, 27 ago. 2020. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-defensor-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 3 ago. 2022.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Parecer lançado na Adin nº 3.943, 2018*. In: Acórdão, Supremo Tribunal Federal. Brasília, DJE, 01/08/2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548440>>. Acesso em: 7 ago. 2022.

GRUPO DE TRABALHO CONSTITUÍDO NA CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. *Regras de Brasília sobre acesso à justiça em condição de vulnerabilidade*. Brasília, 4 a 6 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

SANTOS JUNIOR, Abdoral Cardoso *et al*. *Temas atuais de direitos da criança e do adolescente*. SANTOS JUNIOR, Abdoral Cardoso; VITAL DA SILVA, Anderson Lincoln; PINHEIRO, Maria Lenir Rodrigues; CASAS MAIA, Maurílio (org.). Thandra Pessoa de Sena (coord.). 1.ed. São Paulo: Tirant Brasil, 2021. 238p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça; condicionantes legítimas e ilegítimas*. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega conflitos. *Revista de Processo*, n. 164, out. 2008, p. 162.

NESRALA, Danielle Bellettato; SCHWAN, Ana Carolina Oliveira Golvim; DINIZ, Marcelo Lucena. *Acesso à justiça de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direito; o defensor da criança como figura essencial para efetivação da doutrina da proteção integral*. In: Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, v. 5, n. 26, 2020, p. 155-174, dez. 2020.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurílio Casas (orgs.). *Teoria geral da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: D'Placido, 2020. 804p.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *A valorização institucional da Defensoria Pública com o advento da Lei Complementar 132.2009*. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. *Uma nova Defensoria Pública pede passagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8069/90; comentado artigo por artigo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes. *O processo civil em xeque: os desafios e as perspectivas de um novo diploma*. A Defensoria Pública e seu papel. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (coord.). *Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivum, 2015. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5)

SEABRA, Gustavo Cives. *Manual de Direito da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: CEI, 2020. 368p.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI:2.903/PB, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 01/12/05; ADI 3.643/RJ, rel. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 08/11/06. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2135902>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

_____. ADI: 3.569/PE, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em 02/04/2007. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2318161>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

_____. ADI 4.163/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 29/02/12. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2643755>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

_____. ADPF 307 MC-Ref/DF, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 19/12/13. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4500003>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

_____. AI 598.212 ED/PR, Relator: Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgamento em 25/03/2014. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2395903>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS: 66313 MT 2021/0123816-9, Relator: Ministro Felix Fischer. DJ 02/08/2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1256646416/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-66313-mt-2021-0123816-9>>. Acesso em: 7 ago. 2022.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado. Correição Parcial ADM nº 1.000.21.109527-8/000, Des. Relator Octavio Augusto de Nigris Boccalini. Belo Horizonte, 20/08/2021. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=1000021109527800020218994171>>. Acesso em: 7 ago. 2022.

_____. 19ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1.0000.20.573190-4/001. Relator Des. Wagner Wilon Ferreira. J. em Belo Horizonte, 11/03/2021. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1312717337/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000211329883001-mg/inteiro-teor-1312717411>>. Acesso em: 7 ago. 2022.

_____. 3ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.124354-8/001. Relatora Des. Luzia Divina de Paula Peixôto. Belo Horizonte, 15/07/2021. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1344698264/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000211243548001-mg>>. Acesso em: 7 ago. 2022.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado. *TJMG e DPMG discutem normatizar atuação de defensor público da Criança e do Adolescente*. TJMG, 8 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-e-dpmpg-discutem-normatizar-atuacao-de-defensor-publico-da-crianca-e-do-adolescente-8A80BCE679A50ABB0179EDBCCED9308E.htm#.YvAUrnBMLIV>>. Acesso em: 7 ago. 2022.

A atuação da Defensoria Pública a favor dos hipervulneráveis e próxima dos movimentos sociais: contribuindo para superar o *déficit* de cidadania e a violação de direitos fundamentais

The performance of the Public Defender's Office in favor of hyper vulnerable and close to social movements: contributing to overcoming the citizenship deficit and violation of fundamental rights

ANA CLÁUDIA DA SILVA ALEXANDRE STORCH

Defensora pública do Estado de Minas Gerais em atuação na Defensoria Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais. Na Defensoria Pública foi subdefensora pública-geral 2010/2012 e conselheira no Conselho Superior da Instituição (2008/2012). Na Associação das Defensoras e dos Defensores Públicos de Minas Gerais (ADEP-MG) foi diretora Cultural (2004/2005). Possui especialização em Direito Administrativo pela Fundação João Pinheiro e em Filosofia e Teoria Social pela Unyleya. É mestranda em Direito, Instituições Sociais e Democracia pela Fumec.

Resumo: O Estado democrático de direito adota um modelo constitucional que garante o efetivo exercício de direitos fundamentais a todos os membros da sociedade jurídica-política. No entanto, são inúmeras as violações de direitos que ocorrem todos os dias pela não efetivação dos direitos fundamentais a grande parte da população brasileira, e isto gera um *déficit* de cidadania no sistema jurídico-político-social. Paralelamente, se desenvolve um procedimento de exclusão social acompanhado de criminalização dos movimentos sociais que lutam pela efetivação destes direitos fundamentais. A Defensoria Pública, na sua atuação como *custos vulnerabilis*, a favor dos hipervulneráveis e próxima dos movimentos sociais, é um mecanismo de redução das desigualdades sociais e contribui para deslegitimar a criminalização dos movimentos sociais, muitas vezes utilizadas como justificativa estatal para não efetivar direitos fundamentais.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Cidadania; Criminalização; Movimentos sociais.

Abstract: *The democratic rule of law adopts a constitutional model that guarantees the effective exercise of fundamental rights to all members of the legal-political society. However, there are numerous violations of rights that occur every day due to the non-enforcement of fundamental rights to a large part of the*

*Brazilian population, and this generates a deficit of citizenship in the legal-political-social system. At the same time, a procedure of social exclusion is being developed, accompanied by the criminalization of social movements that fight for the realization of these fundamental rights. The Public Defender's Office, in its role as *vulnerabilis custos*, in favor of the hyper vulnerable and close to social movements, is a mechanism for reducing social inequalities and contributes to delegitimizing the criminalization of social movements, often used as a state justification for not realizing fundamental rights.*

Keywords: *Public Defender's Office; Citizenship; Criminalization; Social movements.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*; 3. Os conflitos e os movimentos de luta social; 4. Direitos fundamentais líquidos e certos; 5. O *déficit* de cidadania; 6. Correlação entre criminalização e violação de direitos; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. Introdução

O presente artigo pretende apresentar a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, apontando como este reconhecimento e defesa da parcela hipervulnerável da população, contribuirá para diminuição do *déficit* de cidadania muito acentuado na nossa sociedade.

O estudo analisará se existe uma correlação entre a criminalização dos movimentos sociais e a ausência de políticas públicas para uma parcela da população. A criminalização, neste sentido, é uma blindagem, utilizada pelos governos para justificar a violação a direitos fundamentais, uma vez que os movimentos sociais de luta pela terra, moradia, antirracismo, defesa de gênero e diversidade sexual e cultural, dentre outros, denunciam estas violações?

Vários direitos fundamentais – moradia, segurança alimentar e nutricional, saúde, educação, por exemplo – não são exercidos por grande parte da população, havendo uma espécie de legitimação social, ou aceitação no sentido de que esta desigualdade permaneça, o que é reforçado pela criminalização.

Inicialmente será apresentada a Defensoria Pública na sua atuação como *custos vulnerabilis*. No tópico seguinte serão abordados os conflitos e os movimentos que reivindicam direitos sociais. Em seguida abordar-se-á a liquidez e certeza dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito, na perspectiva da teoria neoinstitucionalista de Rosemiro Pereira Leal. No tópico posterior, será visto como o *déficit* de cidadania impede a participação social que favorece a legitimação da desigualdade social por meio da criminalização, e no último tópico, a análise apontará a correlação entre criminalização e violação de direitos fundamentais, e sua consequência na desresponsabilização do Estado violador de direitos.

2. A Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*

O art. 134, *caput*, da Constituição da República, ao definir a missão institucional da Defensoria Pública, dispõe que lhe incumbe 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 (BRASIL, 1988).

A Lei Complementar n.º 80, de 1994, atrela, ainda, a atuação da instituição à primazia da dignidade, a redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado Democrático de Direito e a prevalência e efetividade dos direitos humanos e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 3º, A) (BRASIL, 1994).

A atuação da Defensoria Pública, para atendimento destes preceitos, se dá sempre que necessário, como órgão interveniente, na condição de *custos vulnerabilis*, terceiro interessado em nome próprio e não como representante direto de uma das partes da demanda, que já podem ter comparecido no processo suficientemente representadas por advogado particular.

Tal atuação como *custos vulnerabilis* atende fielmente ao cumprimento da missão constitucional da Defensoria Pública e se harmoniza com as disposições constitucionais fundamentais do Estado Democrático de Direito. Maurílio Casas Maia, define o instituto jurídico:

custos vulnerabilis representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal) – atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos – representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político (MAIA, 2017).

O Código de Processo Civil vigente, trouxe no art. 554, a previsão da intervenção obrigatória da Defensoria Pública em conflitos fundiários que envolvam no polo passivo grande número de pessoas, determinando a intervenção da Defensoria Pública, nos chamados litígios coletivos possessórios, na defesa dos interesses de pessoas em situação de vulnerabilidade, nos mesmos moldes da intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, porém com atuação voltada à guarda dos interesses e direitos fundamentais daquela população, missão constitucional da instituição (BRASIL, 2015).

Quando a demanda envolve comunidades quilombolas e/ou povos tradicionais, o interesse de proteção do patrimônio cultural, garante a atuação da

Defensoria Pública a favor do grupo vulnerabilizado, mesmo que a associação do grupo já esteja participando do feito por meio de advogado por ela constituído.

A intervenção da Defensoria Pública nos litígios coletivos possessórios ou por qualquer motivo, a favor de grupos vulnerabilizados, reveste-se de vital relevância social, diante da enorme complexidade das matérias envolvidas e do risco de na prática as decisões proferidas vulnerabilizem ainda mais estes grupos já muito fragilizados, pelo não exercício pleno dos seus direitos fundamentais.

3. Os conflitos e os movimentos de luta social

São inúmeros os conflitos socioambientais vivenciados no cotidiano da vida moderna no Brasil e no Mundo. No meio destes conflitos, grupos se organizam reivindicando melhores condições de vida, direitos, visibilidade etc. As lutas sociais são diversas e plurais, o que faz com que existam variados movimentos sociais:

Neste novo século, observa-se que novíssimos sujeitos entraram em cena, como os movimentos sociais anti ou alterglobalização. Várias lutas sociais se internacionalizam rapidamente, novos conflitos sociais eclodiram, abrangendo diferentes temáticas que vão da biodiversidade, lutas e demandas étnicas, até as lutas religiosas de diferentes seitas e crenças. Essas temáticas criam novas agendas e propostas ou projetos sociopolíticos variados, como a do biopoder (GOHN, 2008).

No Brasil, muitos destes movimentos surgem da reivindicação de acesso a direitos fundamentais, como o movimento social de moradia, por exemplo. A violação de direitos de forma contumaz, especialmente direitos étnico-culturais, fez surgir movimentos sociais que visam a proteção de modos tradicionais e agroecológicos, que agregam interesses de indígenas, quilombolas, comunidades rurais agroextrativistas, pescadores artesanais, ribeirinhos, vazanteiros, geraizeiros, além dos camponeses sem terra que lutam pela reforma agrária. As reivindicações por políticas públicas somam-se ao acesso a direitos fundamentais, bem como à proteção dos seus territórios.

São reivindicações de direitos constitucionalizados, sendo de forma contumaz, postergados ou desconhecidos. No entanto, como se não fosse legítima estas reivindicações por direitos constitucionais, esses movimentos são criminalizados como se agissem contra a lei, e contra eles são aplicadas várias formas de violência:

Procede-se à reintegração de posse, com forte aparato policial, e as manifestações de trabalhadores são punidas violentamente, com poder de polícia. Por outro lado, são tidas como manifestações violentas: greves, ocupações de terras para plantar, para morar, passeatas ou demonstrações públicas. Afirma-se que este tipo de manifestação, são violações cometidas pelos inimigos da sociedade, como se os ocupantes, grevistas e outros manifestantes não integrassem a sociedade. Na realidade, com estes discursos, impede-se que estas manifestações sejam entendidas com as que mostram os problemas reais e cotidianos da maioria sociedade (RODRIGUES, 2016).

O Sociólogo Boaventura de Sousa Santos, afirma que existe no Brasil um ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muitos dos avanços democráticos que foram conquistados a partir das Constituições. Uma destas ações é a criminalização dos movimentos sociais, como o MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, e de todos os movimentos e setores de luta pela reforma agrária no país (SANTOS, 2009).

Contraditoriamente, a existência de movimentos sociais é um vetor de democracia para qualquer sociedade que tenha se constituído por um modelo constitucional em um Estado democrático de direito:

Os movimentos sociais configuram verdadeiras formas de exercício da democracia. Ao agirem em respeito ao ordenamento jurídico vigente, mas tornando claras suas contradições, reverberando ideias que perpassam pontos de vistas diferentes, tocando em assuntos que não são abordados, senão por eles, os movimentos são formas de ativismo público, que devem ser incentivados por qualquer Estado democrático. O ativismo público é a forma mais direta e participativa de dar voz aos diversos grupos que compõem uma sociedade. É a maneira mais objetiva e efetiva de integrar o poder público, as leis e seus agentes do pluralismo existente em qualquer Estado nação. As possibilidades de debates, entretanto, vêm sofrendo com o imenso controle social imputado aos movimentos que promovem e aprofundam a democracia. Como forma de legitimação da criminalização como estratégia, as instituições brasileiras buscam tornar possível o tratamento diferenciado dos movimentos sociais, atribuindo-lhes a pecha de inimigos do Estado, retirando algumas de suas garantias e direitos como medida de exceção (SILVA, 2019).

Verifica-se, portanto, que a criminalização dos movimentos sociais é uma prática no Brasil, que por si só é uma negação do direito fundamental à livre manifestação e cidadania participativa. Além disso, conforme será visto a seguir, a dinâmica

constitucional de garantia de direitos fundamentais, fica fragilizada, na medida em que a luta social pela prevalência do direito fundamental, é criminalizada, o que acaba premiando governos que descumprem a obrigação constitucional.

4. Direitos fundamentais líquidos e certos

A teoria neoinstitucionalista do processo, propõe uma análise dos direitos fundamentais por meio do “eixo hermenêutico do **devido processo**” (LEAL, 2006). Segundo essa teoria há um direito instituinte de modelos de vida, dignidade e igualdade e liberdade:

Com efeito, o direito à vida só seria direito à vida humana se vida humana fosse criada no plano de um sistema linguístico teoricamente constitucionalizado, de tal sorte a permitir que todos integrantes de uma comunidade jurídica pudessem dela fruir ou questioná-la juridicamente como sujeitos legitimados ao discurso de construção de uma Sociedade Política, segundo o exercício pleno, ininterrupto e irrestrito, de um controle processualizado dos conteúdos de constitucionalidade nas bases instituinte, constituinte e constituída dos direitos (LEAL, 2006).

Houve na criação dos direitos fundamentais, um processo legítimo e discursivo, de criação da norma constitucional e isto deverá influenciar as atividades executivas, legislativas e judiciárias, pois, a constituição apresenta para estas atividades um título executivo extrajudicial:

Assim, a constitucionalidade democraticamente cartularizada equivale a um título executivo extrajudicial que, em seus conteúdos de liquidez e certeza, se lança à imediata satisfação como devido *a priori* pela Administração Governativa, porque, se não adredemente executados os direitos titularizados pela constitucionalização, não há falar em lesão ou ameaça a direitos fundamentais do nada que pedisse reparos ou socorro por tutelas de urgência de um judiciário mesmo que prestimoso e sutil. (LEAL, 2009)

Este processo constitucional – repita-se, legítimo e discursivo – não pode se manter perdido ou afastado na aplicação do direito, e necessita de um devido processo constitucional a legitimá-lo constantemente. A ideia de um “saber instantâneo de uma racionalidade inatamente pressuposta” a justificar interpretações estanques, distanciadas e vazias do que se determina como direitos fundamentais é violadora por si mesma da lógica instituinte destes direitos (LEAL, 2009). Apontam, numa sociedade complexa e desigual como a nossa para

direitos que nunca foram exercidos – inexistente, portanto, e não podem ser interpretados com esta carga pré-definida, pois, isto seria o mesmo que negar a vigência para quem ainda não os usufrui.

É impossível não se perceber que esta lógica instituinte de direitos fundamentais, em constante evolução conforme os anseios sociais se apresentem, revela a importância dos movimentos sociais na sociedade democrática. Maria Glória Gohn aponta:

Os sujeitos dos movimentos sociais saberão fazer leituras do mundo, identificar projetos diferentes ou convergentes, se participarem integralmente das ações coletivas, geradas por uma demanda socioeconômica ou cultural relativa, e não pelo simples reconhecimento no plano dos valores ou da moral (GOHN, 2008).

Há para Rosemiro Leal uma infringência ao paradigma do Estado constitucional democrático, que para ele constitui um “espaço jurídico-hermenêutico de difusa e irrestrita fiscalidade, correição e executividade processuais dos conteúdos constitucionalizados e indeturpáveis da normatividade de aplicação imediata à realização da integração social” (LEAL, 2009).

Por sua vez, a compreensão da democracia envolve o conhecimento da teoria do processo. Uma vez que os direitos fundamentais foram instituídos de forma legítima e discursiva, é preciso constituí-los, para que se tornem efetivos e passem a existir. Tal feito só é possível por meio de um devido processo constitucional democrático:

No direito democrático, o que primeiro se impõe é a despersonalização do Estado (*disregard doctrine*) para tornar visíveis as individualidades componentes da Administração Governativa em todos os segmentos da Comunidade Jurídica cuja proposta constitucional é sua transformação em Sociedade Jurídico-Política Democrática de Direito pela possibilidade cognitiva de todos no espaço processual (Estado Democrático) de produção, recriação, afirmação ou destruição da lei (LEAL, 2009).

A participação dos movimentos sociais nos rumos da sociedade democrática e na condução das execuções jurídico-políticas das escolhas feitas pelos membros da sociedade política são da natureza do processo democrático constitucional. Esta compreensão demonstra a inadequabilidade do que o professor Rosemiro Pereira Leal chama de garantismo a uma “judicância pleonástica e garantista (ações afirmativas)”, que aguarda a inefetividade do exercício dos direitos fundamentais seja “resolvidos por uma jurisdição monológica centrada na figura

de um juiz “– o justiceiro (LEAL, 2009). Este papel de centralidade das decisões judiciais no controle constitucional, legitima as justificativas de caráter subjetivo, que afastam na prática a efetivação de direitos fundamentais, a grupos vulnerabilizados, vítimas de constante criminalização.

Direitos fundamentais são “direitos já integralmente acertados, por coisa julgada constituinte, em título executivo constitucional” (LEAL, 2009). A criminalização dos movimentos sociais, que conforme aqui foi vista, é um meio de coibir a participação democrática da sociedade nos rumos da vida política-jurídica da sociedade democrática de direito, torna possível a justificação de negativa de acesso a direitos fundamentais aos grupos socialmente vulnerabilizados.

É garantia constitucional o “direito de participar ativamente na construção dos provimentos estatais, sejam eles emanados pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário” (FREITAS, 2016).

O Exercício de direitos fundamentais, aqui compreendidos como aqueles que estão previstos na constituição, estão ali institucionalizados e a eles deve ser conferida uma liquidez e certeza, que os tornem efetivos sob pena de comprometer a própria democracia:

A liquidez e certeza, de um direito, na democracia, não decorrem de presunção de inexplicada incontestabilidade absoluta, mas da institucionalização dos atributos de executividade da cártula constitucional que, quanto a direitos fundamentais, se além à legitimidade provimental da tutela já antecipada e irreversível em sede de coisa julgada constituinte (LEAL, 2009).

O devido processo democrático de direito é uma garantia constitucional e as normas processuais em decorrência devem observar a supremacia da constituição. A cidadania, além de um princípio constitucional, é intrínseca ao processo democrático, de maneira que seu *déficit* compromete o devido processo democrático.

5. O *déficit* de cidadania

O exercício pleno de todos os direitos fundamentais, por todos os membros de uma sociedade política, pode parecer uma utopia, especialmente numa sociedade desigual como a nossa. No entanto, usufruir destes direitos é também, um direito, e, numa democracia, não pode ser privilégio de poucos.

Neste contexto, o efetivo exercício da cidadania, depende que o cidadão alcance este status constitucional: o de uma pessoa que exerce em sua plenitude todos os seus direitos fundamentais. Para ser cidadão é preciso estabelecer uma

relação de pertencimento à sociedade em que se vive, e, numa sociedade onde existem múltiplos grupos vulnerabilizados, sem acesso aos seus direitos fundamentais, há um *déficit* de cidadania. A cidadania nesta expressão democrática, é o requisito constitucional para que esta representatividade se dê de forma legítima. A falta de exercício pleno da cidadania, por alguns integrantes do corpo social – ou por todo o povo – compromete a democracia.

No entanto, os problemas sociais e a falta de exercício pleno de vários destes direitos por todas as pessoas de forma indistinta, torna o exercício da cidadania inconcluso (CARVALHO, 2002). Há uma inviabilidade do exercício pleno da cidadania, provocado pelo quadro de intensa desigualdade política, econômica e social.

A cidadania é um fenômeno complexo que possui várias dimensões, sendo o ideal de cidadania plena concebido no ocidente, uma combinação de liberdade, participação e igualdade para todos, algo, talvez, inatingível (CARVALHO, 2002).

Entretanto, intersubjetivamente, a cidadania plena é condição para ocorrência da emancipação social, atributo desejável em um contexto coletivo de formação de consciência comunitária. São através dos laços de objetivos comuns que se podem constituir verdadeiros sentimentos comunitários que se revertam em cidadania, protagonismo e emancipação social.

O conceito de cidadania remete a ideia de cidade, relação de pertencimento da pessoa com a comunidade onde vive. A comunidade, por sua vez, nos remete a um modo de vida em comum. Sob todos os aspectos é possível compreender que o conjunto de condições que o torna cada membra ou membro da sociedade política um cidadão, são as oportunidades iguais.

O discurso constitucional – e, neste sentido a própria prática da cidadania – está do ponto de vista linguístico permanentemente aberto a uma textualização:

por todos os integrantes de uma **comunidade jurídica** como conjunto total de **legitimados ao processo** e **processo** como o *locus* (interpretante) teórico-jurídico do exercício intertextual do discurso da constitucionalidade segundo princípios autocríticos (contraditório, ampla defesa, isonomia) como direitos fundamentais de desconstrução de sentidos (argumentação) ao controle proposicional da normatividade à fundação de uma Sociedade Jurídico-Político-Democrática (LEAL, 2006, grifo nosso).

É necessário haver uma política que proteja os direitos conquistados no decorrer da história (BOBBIO, 2004). No Brasil, o ainda não superado passado

de colonização e escravidão dificultam o exercício da cidadania. Para Milton Santos, este passado é a causa do que ele descreve como cidadania mutilada:

Daí porque a análise das situações do preconceito no Brasil supõe um estudo da formação socioeconômica brasileira. Não há outra forma de encarar o problema. Tudo tem de ser visto através de como o país se formou, de como o país é e de como o país pode vir a ser. Tudo isso se inclui na realidade da formação socioeconômica brasileira. O passado como carência, o presente como situação, o futuro como uma perspectiva. O modelo cívico brasileiro é herdado da escravidão, tanto o modelo cívico cultural como o modelo cívico político. A escravidão marcou o território, marcou os espíritos e marca ainda hoje as relações sociais deste país. Mas é também um modelo cívico subordinado à economia, uma das desgraças deste país. Há países em que o modelo cívico corre emparelhado com a economia e em muitas manifestações da vida coletiva se coloca acima dela. No Brasil, a economia decide o que do modelo cívico é possível instalar. O modelo cívico é residual em relação ao modelo econômico e se agravou durante os anos do regime autoritário, e se agrava perigosamente nesta chamada democracia brasileira. A própria territorialização é corporativa, os recursos nacionais sendo utilizados sobretudo a serviço das corporações, o resto sendo utilizado para o resto da sociedade. O cálculo econômico não mostra como as cidades se organizam para serem utilizadas por algumas empresas, por algumas pessoas. São as corporações que utilizam o essencial dos recursos públicos e essa é uma das razões pelas quais as outras camadas da sociedade não têm acesso às condições essenciais da vida aos chamados serviços sociais. No caso dos negros, é isso o que se passa. (SANTOS, 1996)

Há uma visão distorcida de democracia, assim como da própria cidadania, como sendo apenas a expressão da vontade da maioria, que estaria neste sentido na esfera política representada pelo exercício do voto. O filósofo Dworkin, neste sentido, pontua que a existência de um processo político que legitima as escolhas é duvidosa, na medida em que o grupo que perde foi vítima historicamente de preconceitos, estereótipos ou estigmas, que influenciam nestas escolhas políticas e tornam os interesses destes grupos desprezados (DWORKIN, 2005).

Não sem razão está contida na ideia de cidadania, ainda, um espaço público, onde este processo cognitivo de todos no espaço processual – a verdadeira democracia – produz, recria, afirma, substitui ou desconstrói as normas. A igualdade de oportunidades deve estar presente, significando que o direito de participar é imprescindível, uma vez que é livre a manifestação do pensamento e obrigatório no Estado democrático de direito que o Estado garanta este direito

de participação, bem como dê respostas a todos os pleitos coletivos e individuais, por meio de uma processualidade democrática, seja na jurisdição administrativa, seja na jurisdição judicial.

No jogo da democracia, estaria a solução concreta para ampliação do exercício pleno de todos os direitos. Conforme Gresta:

Daí ser a democracia – segundo princípio articulado no Estado Democrático de Direito – a chave da compreensão da possibilidade de desenvolvimento do Estado de Direito em bases diversas daquelas presentes nos regimes autoritários do século XX. Concebida como princípio, a democracia se coloca como comando permanentemente dirigido à produção do direito e ao exercício do poder, cuja observância deve ser objeto de constante fiscalidade pelo povo, compreendido como comunidade política dotada de autodeterminação (GRESTA, 2012).

Os direitos de cidadania são construídos historicamente, ou seja, nascidos em determinadas circunstâncias, “caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes” (BOBBIO, 2004). Esta luta é possível apenas no campo democrático, onde se garante a participação em igualdade de oportunidades, a todos os componentes da sociedade política.

No processo constitucional democrático, a liquidez e certeza dos direitos fundamentais, “é asseguradora de presentificação contínua, em âmbito constitucional, de procedibilidade vinculante de mérito pré-decidido no nível constituinte pelos direitos fundantes (devido processo instituinte) da base conceptiva da democracia” (LEAL, 2009). A Constituição instituiu direitos fundamentais a todas as membras e membros da sociedade política. Sem o exercício pleno dos direitos fundamentais, a cidadania e a própria democracia ficam comprometidas.

6. Correlação entre criminalização e violação de direitos

O modelo constitucional de processo estabelecido a partir da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) torna inviável desvincular os processos legislativos, executivos e judiciais da constituição. É por meio do processo que se torna possível coibir abusos e estabelecer o controle das atividades estatais:

A busca pelo equilíbrio do exercício do poder nas atividades estatais, concomitante ao propósito de garantir os direitos fundamentais dos destinatários deste poder, é ponto central das cogitações do Direito Público e perpassa pela elaboração de normas limitadoras (princípios e regras do

Direito Constitucional), afastando o iminente perigo do exercício degenerado, arbitrário ou abusivo, ferindo as liberdades fundamentais das pessoas (FREITAS, 2014).

Como ressalta Rosemiro Pereira Leal, a Constituição está em constante legitimação e a legitimidade está atrelada à garantia constitucional de participação de todos os membros da sociedade política nos rumos da nação. Há um “deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou” (LEAL, 2002).

Este processo constitucional em aberto trata-se de “um mecanismo de inclusão e participação popular contramajoritário, permitindo a discussão sobre temas que envolvem as minorias, normalmente excluídas dos procedimentos decisórios do Estado” (FREITAS, 2016). É, portanto, garantia constitucional o “direito de participar ativamente na construção dos provimentos estatais, sejam eles emanados pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário” (FREITAS, 2016).

A igualdade de oportunidades entre todos os membros da sociedade política é garantia constitucional de participação democrática:

Assim, o garantismo em sede constitucional democrática não se configura *per se* em face de indicação literal de direitos humanos na Constituição ou em função de uma jurisdicionalidade centrada na filosofia da consciência de guardiães ou depositários infiscalizáveis detentores de uma fundamentação última e irreversível, mas no exercício processual aberto a todos de auto-inclusão executiva pelo devido processo constitucional nos direitos fundamentais pré-garantidos, já integralmente resolvidos e acertados no plano da procedimentalidade constituinte (LEAL, 2009).

Coibir a denúncia de violação de direitos, por meio da criminalização das condutas daqueles que vivenciam esta violência é um meio de resistir a implantação do processo democrático previsto na constituição. A criminalização dos movimentos sociais, portanto, é mais uma violação de direitos que abala a estrutura constitucional de garantia de direitos fundamentais, líquidos e certos.

7. Considerações finais

A resistência à implantação efetiva de um modelo constitucional de processo democrático no Brasil criou um ciclo vicioso, onde movimentos sociais, seus integrantes, ou grupos que se beneficiaram com a efetivação dos

direitos fundamentais reivindicados são criminalizados. A marginalização social decorre deste ciclo perverso, pois, deixa-se de lado a liquidez e certeza do direito fundamental, para sistematicamente negá-los.

A criminalização serve, ainda, para coibir o processo democrático de participação social na legitimação constitucional que deve se dar de forma constante no modelo constitucional de processo. Afastando a participação social, estão garantidos os usos e abusos da máquina estatal para satisfação de interesses de determinados grupos detentores de privilégios sociais, aprofundando o abismo da desigualdade social.

A participação social é condição para validade do processo democrático, e a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* é uma resposta estatal ao necessário avanço democrático do sistema de justiça. No entanto, ainda é precária a participação social, em todo o sistema de justiça, e isto se revela especialmente no Judiciário.

A criminalização dos movimentos sociais serve de escudo ou blindagem, na medida em que criminaliza a conduta do próprio detentor do direito ao reivindicá-lo, tornando inviável o próprio pleito, já descartado na esfera jurídica.

Estes direitos, diminuídos pelo procedimento da criminalização, perdem força na esfera político-jurídica. Via de consequência, a criminalização dos movimentos sociais beneficia o não cumprimento do modelo constitucional democrático de processo e a violação de direitos.

A atuação da Defensoria como *custos vulnerabilis*, não pretende substituir o protagonismo dos movimentos sociais na problematização das questões sociais e na reivindicação de direitos. As reivindicações sociais devem ser conhecidas pela Defensoria Pública, sendo essencial sua aproximação dos movimentos sociais, fortalecendo sua atuação como *custos vulnerabilis*. Esta aproximação permite maior participação social e a redução da violação de direitos pelo próprio Estado.

8. Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2022.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 jul. 2022.

_____. Lei complementar federal n.º 80 de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil; o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COSTA SILVA, Thiago H.; CAPEL DE ATAÍDES, Maria C.. A criminalização e a marginalização dos movimentos sociais no Brasil; o caso do coletivo feminista Pagu. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Rio Grande do Sul: Unijuías, v. 7, n. 13, p.181-196, 2019. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/issue/view/226>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana; a teoria a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREITAS, Gabriela O.; ZANDONA FREITAS, Sérgio H.. A mediação no novo código de processo civil brasileiro; uma análise crítica da cidadania pela busca do modelo de constitucionalismo contemporâneo latino-americano e europeu democrático. *Conpedi Law Review*, Espanha, v. 2, n. 2, p. 40-61, jan.-jun. 2016.

GOHN, Maria da Glória. Abordagens teóricas no estudo dos movimentos sociais na América Latina. *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 54, p.439-455, set./dez. 2008.

GRESTA, Roberta Maia. A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre concepções de estado e processo. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROVER, Aires José (coord.). *Processo e jurisdição*. CONPEDI/UFF, Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 113.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

_____. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte: PUC Minas, v.9, n. 17, p. 89-100, 1.sem. 2006.

_____. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, n. 4, 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21612/15637>>. Acesso em: 3 dez. 2021.

MAIA, Maurilio C.. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes & distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 27-61, dez. 2017.

RODRIGUES, Arlete M.. Violência contra movimentos populares e resistências. *Revista Movimentos Sociais*, v. 1, n. 1, p. 88-109, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://redelp.net/index.php/rms/article/view/250/240>>. Acesso em: 14 out. 2017.

SANTOS, Boaventura de S.. A contrarrevolução jurídica. *EcoDebate*, 2009. Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2009/12/07/a-contrarrevolucao-juridica-artigo-de-boaventura-de-sousa-santos/>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

SANTOS, Milton. As cidadanias mutiladas. In: *Opreconceito*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. p. 133-144, 1996/1997. Disponível em: <http://www.miltonsantos.com.br/site/wp-content/uploads/2011/12/As-cidadanias-mutiladas_MiltonSantos1996-1997SITE.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ZANDONA FREITAS, Sérgio H.; CLARK DA COSTA, Carla R.. A proteção dos direitos fundamentais pelo processo constitucional no estado democrático de direito. *Rev. Pistis & Praxis, Teol. Pastor.*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 891-907, set./dez. 2014.

II Mutirão das Transidentidades redefinindo alcances da Defensoria Pública mineira: da atuação estratégica localizada à regionalização

II "Mutirão das Transidentidades" redefining reaches of the Public Defender's Office in Minas Gerais: from localized strategic performance to regionalization

MÔNICA ALVES DA COSTA

Defensora pública do Estado de Minas Gerais. Titular da 1ª Defensoria Cível na Comarca de Ituiutaba/MG. Membro da Câmara de Estudos de Tutela das Famílias e Sucessões da DPMG. Especialista em Direito Tributário e Processual pela UEMG/Ituiutaba, MG. Foi professora de Direito Civil e Direito Internacional Público na UEMG/FEIT – Campus Ituiutaba/MG (2006–2014).

ANTÔNIO RODRIGUES NETO

Doutorando em Direitos Humanos pela USP-SP. Mestre em Direitos Humanos pela UFMS. Professor efetivo da UEMG/Ituiutaba no Departamento de Ciências Jurídicas. Coordenador do grupo Desconstrua de pesquisa em Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Grupos Vulnerabilizados da UEMG/Ituiutaba, MG.

FLANDER DE ALMEIDA CALIXTO

Professor Associado do curso de Serviço Social da UFU-Pontal. Doutor em Educação pela USP-SP. Mestrado pela UNESP, Franca/SP.

Resumo: O presente artigo apresenta informações referentes à primeira e segunda edição do Mutirão das Transidentidades, promovido pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, com o apoio da UFU, UEMG e CEJUSC, com o objetivo de garantir celeridade e gratuidade aos procedimentos extrajudiciais de alteração de prenome e gênero nos registros civis de pessoas trans; e a promoção de direitos humanos, com a capacitação de agentes públicos para atendimento, acolhimento e apoio institucional a transexuais, travestis e pessoas não-binárias, entre outras identidades trans. A proposta é apresentada a partir do reconhecimento da função institucional de *custos vulnerabilis* da Defensoria Pública na promoção do acesso à justiça, especialmente em contextos extrajudiciais, e de atuação estratégica na proteção de grupos vulnerabilizados, a exemplo das pessoas transgênero. Demonstramos o viés estratégico da iniciativa a partir da consolidação e aprimoramentos do procedimento entre as duas edições de realização, perspectivas de melhoria e impactos percebidos em cidadania com a regionalização e mobilização de diferentes saberes e instituições para estruturação conjunta da segunda edição.

Palavras-chave: Mutirão das Transidentidades; Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais; Pessoas transgênero.

Abstract: *This article presents information about the first and second editions of the "Mutirão das Transidentidades", promoted by the Public Defender's Office in Minas Gerais, with the support of UFU, UEMG and CEJUSC, with the aim of ensuring faster and freer extrajudicial procedures for changing first name and gender in the civil records of trans people; and the promotion of human rights, with the training of public agents for service, reception and institutional support for transsexuals, transvestites and non-binary people, among other trans identities. The proposal is presented with the recognition of the institutional role of *custos vulnerabilis* the from the Public Defender's Office in Minas Gerais in promoting access to justice, especially in extrajudicial contexts, and of strategic action in the protection of vulnerable groups, such as transgender people. We demonstrate the strategic bias of the initiative from the consolidation and improvements of the procedure between the two editions of realization, perspectives of improvement and perceived impacts on citizenship with the regionalization and mobilization of different knowledge and institutions for the collective structuring of the second edition.*

Keywords: *"Mutirão das Transidentidades"; Public Defender's Office in Minas Gerais; transgender people.*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* e a promoção de direitos humanos a pessoas transgênero; 3, Mutirão das Transidentidades: atuação extrajudicial estratégica para alteração de documentos de pessoas trans; 4. Regionalização do Mutirão das Transidentidades: convergência de instituições e saberes trazem novos alcances à Defensoria; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Considerações iniciais

Pessoas transgênero¹ enfrentam diferentes desafios no que se refere a direitos humanos. Na intersecção da identidade transgênero com marcadores de sexualidade, raça, classe econômica, entre outros, percebemos o surgimento de dinâmicas sistêmicas de opressão que reiteradamente posicionam pessoas trans à margem em cidadania.

O grupo é especialmente vulnerável à violência que resulta em morte e está vulnerabilizado em relação a inúmeros direitos. Aqui citamos, a título de exemplo, os baixos índices de escolaridade e a “pedagogia de expulsão” que ainda se propaga nas escolas de perspectiva cis heteronormativa face a estudantes LGBT+ (NASCIMENTO, 2021).

¹ Na construção do texto, empregou-se “pessoas transgênero” como conceito ainda em disputa, apresentado como termo abrangente para agrupar diferentes identidades que guardam em comum a discordância com o gênero atribuído em razão do sexo biológico de nascimento. Quando é mencionado “pessoas trans” faz-se referência a transexuais, travestis e pessoas não-binárias, entre outras, que se identificam trans e rompem com a cisgeneridade compulsória.

Como resultado disso, no futuro, também enfrentarão maior dificuldade para alcançar mercados de trabalho formal, muitas vezes sujeitando-se a formas indignas de trabalho para subsistência (NASCIMENTO, 2021).

Sem considerar as múltiplas formas de discriminação e transfobia a que pessoas transgênero são submetidas desde a infância, até mesmo no espaço familiar, acumulando impactos em saúde mental, senso de autopreservação e pertencimento, dificuldade em vivenciar sentimentos, falta de perspectiva de futuro e autoestima etc. (NASCIMENTO, 2021).

Sofrem também violências cotidianas quando lhes é negado o direito de serem chamadas pelo nome social, trocando-o (des)propositadamente pelo nome de registro; ou quando são impedidas de usar o banheiro conforme a identidade de gênero autopercebida; ou quando almejam adaptações hormonais/corporais e não conseguem acesso a bons tratamentos de saúde, submetendo-se a tratamentos de risco sem qualquer acompanhamento profissional (NASCIMENTO, 2021).

Em diferentes aspectos, pessoas transgênero representam um grupo especialmente vulnerável em cidadania, aqui entendida como aquela que se concretiza, simultaneamente, pelo acesso à justiça e a direitos; com a ocupação de espaços públicos e alcance da representatividade neles/a partir deles; com o alcance da autonomia privada e possibilidade de construir-se pela autodeterminação de si, sem a necessidade de adequação a padrões binários (homem/mulher) de construção dos corpos e das identidades.

Pessoas transgênero ainda lutam para ver superado o entendimento da transgeneridade como patologia e da cisgeneridade como norma, tensionando o direito positivado regido pela construção binária de direitos definidos a partir do gênero (feminino ou masculino), a exemplo do serviço militar obrigatório masculino, licenças laborais definidas pelo gênero e critérios de gênero para aposentadoria.

Defendem a autonomia de cada pessoa para autodeclarar o próprio gênero e a própria sexualidade independentemente do sexo biológico de nascimento, estigmas ou imposição de estereótipos de gênero. Com isso, ensinam que identidades de gênero não se constroem apenas como masculinas ou femininas, mas também em negação, combinação ou a partir de outros gêneros, consistindo nisso a ideia de não-binaridade.

Ao reivindicarem para si uma identidade transgressora do gênero atribuído em razão do sexo de nascimento, e a partir dela um novo nome e a possibilidade de, eventualmente, submeter-se a tratamentos hormonais e/ou cirúrgicos, pessoas trans reivindicam direitos, dignidade e respeito.

Atualmente, direitos de pessoas trans estão predominantemente reconhecidos por meio de jurisprudências, já que não existem leis para tutelar interesses de pessoas LGBT+ de forma geral no Brasil. Mesmo sem a existência de leis, diferentes jurisprudências compõe o conjunto de direitos voltados à cidadania sexual de pessoas trans (MOREIRA, 2020).

No que se refere à possibilidade de mudança de prenome e gênero para adequação à identidade transgênero, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4275 (ADI-4275), pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2018, reconheceu a possibilidade de interpretação analógica da Lei de Registros (Lei n.º 6.015/1973) para que apelidos notórios, no caso o nome social, fosse judicialmente reconhecido como nome hábil a constar nos documentos pessoais em substituição ao nome de registro (BRASIL, 2020).

A interpretação extensiva do dispositivo contornou a falta de reconhecimento legal da identidade transgênero como detentora de direitos específicos, dentre eles o de vivência jurídica a partir do gênero autopercebido.

Da mesma forma, o julgamento da ADI — 4275 reconheceu a possibilidade de a pessoa trans alterar também o gênero constante nos documentos pessoais, a fim de adequar ao de interesse.

Como resultado, tornou possível à pessoa trans alterar somente prenome *ou* gênero, ou prenome *e* gênero, sem, contudo, poder alterar (*sobre*)nome de família ou, pela mudança, gerar homônimos com outros membros da mesma família.

Paradigmática, a decisão da ADI possibilitou que pessoas transgênero alcançassem a alteração dos documentos sem a necessidade de autorização judicial, judicialização da demanda ou apresentação de laudos médicos que atestassem a transgeneridade.

Para a retificação dos documentos em perspectiva extrajudicial, portanto, basta a declaração de vontade em razão da identidade autopercebida, a ser apresentada diretamente no cartório e acompanhada dos documentos legalmente exigidos, nos termos do Provimento n.º 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), normativa responsável pela definição do procedimento extrajudicial de retificação.

Em que pese o reconhecimento do direito, considerando-se o especial *status* que pessoas transgênero estão posicionadas no que se refere à cidadania, entendemos que diferentes obstáculos podem impedir que o direito reconhecido seja plenamente gozado.

Considerando-se a necessidade de custeio do procedimento extrajudicialmente, bem como a complexidade técnica sugerida para o procedimento em relação a pessoas que não estão ambientadas ao meio jurídico, é proposto o reconhecimento do grupo de transexuais, travestis e pessoas não-binárias, entre

outras identidades trans, como formal e materialmente vulnerabilizado, a fim de afirmar e demonstrar a necessidade de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* em relação a pessoas transgênero, em atenção aos princípios institucionais de acesso à justiça e promoção de direitos humanos.

Para tanto, o presente artigo é estruturado em três partes. Na primeira, é discutido o papel da Defensoria Pública enquanto instituição guardiã dos vulneráveis, a fim de demonstrar a importância da atuação estratégica envolvendo a cidadania de pessoas transgênero, ocasião em que apresentamos a iniciativa do Mutirão das Transidentidades, promovido desde 2020 pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, em Ituiutaba (MG).

Na sequência, é abordado o procedimento estruturado institucionalmente no contexto do Mutirão, com o objetivo de ilustrar as etapas definidas institucionalmente a partir da experiência mineira, na tentativa de consolidar conjunto de informações que permitam replicação, adaptação e incorporação da iniciativa em outras localidades, a definição de políticas públicas e o fortalecimento da Defensoria Pública como instituição compromissada com a transformação social.

Por fim, o artigo propõe reflexões críticas que convocam a necessidade de convergência entre instituições e saberes para (re)pensar direitos de grupos vulnerabilizados, demonstrando como a atuação conjunta entre a Defensoria Pública do Estado em Ituiutaba (MG), Patos de Minas (MG) e Uberlândia (MG), dos respectivos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) do Tribunal de Justiça do Estado, bem como do curso de Serviço Social, da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), e de Direito, da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), possibilitou a realização do II Mutirão, em 2022, em perspectiva regional, expandindo os impactos e redefinindo os alcances da Defensoria.

Com isso, busca-se entender como a atuação extrajudicial estratégica apresenta-se como medida de maior interesse, especialmente quando ligada à tutela dos interesses de grupos vulnerabilizados, a exemplo de pessoas trans.

2. Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* e a promoção de direitos humanos a pessoas transgênero

Nos últimos anos, foi verificado um crescimento e consolidação da Defensoria Pública na defesa dos grupos vulneráveis.

A Defensoria Pública deixou de ser instituição que disponibilizava “advogados de graça” – órgão do Estado apto a prestar assistência judiciária individual – e

ganhou novos contornos na perspectiva do acesso à justiça e defesa e promoção dos direitos humanos.

Outrora, sequer havia previsão constitucional da Defensoria Pública, que somente sobreveio com a Magna Carta de 1988, vez que antes a assistência jurídica aos necessitados era exercida por advogados remunerados pelo Poder Público, membros do Ministério Público ou órgãos ligados ao Poder Executivo, como as Procuradorias de Assistência Judiciária.

Com efeito, a Constituição da República de 1988 estabeleceu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-a, a partir da Emenda Constitucional n.º 80/2014, de promover os direitos humanos:

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. 5.º desta Constituição Federal.

Incumbe à Defensoria prestar assistência jurídica, não judiciária. A atividade não mais se limita a garantir o acesso meramente formal ao Judiciário. Torna-se muito mais abrangente, valendo ao defensor público o rótulo de “agente político de transformação social”.

A Lei Complementar estadual n.º 65/2003, que organiza a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, em seu Art. 3.º, traz como objetivos da Defensoria Pública, dentre outros, promover a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, afirmar o Estado Democrático de Direito e garantir a efetividade dos direitos humanos.

Entre as funções institucionais da Defensoria Pública, elencadas no Art. 5.º da Lei mencionada acima, estão exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa com deficiência, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado, bem como promover a difusão dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, e a conscientização sobre eles.

No mesmo sentido, dispõe o Art. 185 do CPC que a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.

Portanto, a Defensoria Pública continua cuidando dos direitos individuais dos necessitados, promovendo ou fazendo a defesa do cidadão em ações como alimentos, guarda, divórcio, usucapião, mas também tutela segmentos vulneráveis, como pessoas em situação de rua, pessoas LGBTQ+, mulheres em situação de violência doméstica.

Sobre a atuação estratégica da Defensoria, Gomes (2019, p. 209) observa que: Indubitavelmente, a atuação estratégica é um diferencial da Defensoria Pública em relação a muitas outras instituições. Essa atuação tem o objetivo de promover mudanças sociais, com apoio da população interessada, por meio da seleção de casos paradigmáticos, tendo como objetivo o interesse da população carente.

Assim, em atenção à Lei Complementar n.º 132/2009, a ideia de atuação estratégica extrapola o mero litígio, cabendo à Defensoria buscar estratégias extrajudiciais, que ajudem no desafogamento do judiciário e promovam soluções alternativas de controvérsias (GOMES, 2019).

Conforme revela Silva (2019), a promoção dos direitos humanos pode ser considerada como uma das mais nobres funções atribuídas à Defensoria Pública, e independe da condição econômica ou social de seus titulares, em razão do caráter universal dos direitos humanos.

Assim a atuação estratégica da Defensoria ganha novos contornos quando próxima da educação em direitos. Nesse sentido, Gomes explica que:

Vale destacar, ainda, a importante função do defensor público como agente político de transformação social por meio da educação em direitos. Essa atribuição dá ensejo ao incremento da cidadania, melhores possibilidades de controle de políticas públicas e garantia dos direitos fundamentais. Isso pode ser observado por meio de cursos, palestras, distribuição de cartilhas, campanhas institucionais, atuações in loco etc. Portanto, a atuação da Defensoria Pública não se restringe à esfera jurisdicional (2019, p. 208).

Defensoria Pública tem como missão constitucional precípua retirar do papel os direitos da população menos favorecida, justamente aquela que historicamente teve seus direitos negligenciados pelo Estado.

Para a viabilização de uma atuação estratégica, portanto, indispensável a participação das próprias pessoas que vivenciam a vulnerabilidade para (re) pensar estratégias de superação, sempre buscando atuar de forma articulada com outros órgãos e instituições (GOMES, 2019).

Entre as iniciativas que podem ser mobilizadas para uma atuação estratégica da Defensoria podem ser apontadas como estratégias de atuação:

[...] a) políticas institucionais locais; b) audiências públicas; c) consultas públicas; d) que a Defensoria seja integrada por sociólogos e assistentes sociais; e) capacidade de identificação de casos paradigmáticos de redução da pobreza; f) verificação de viabilidade para o ajuizamento de ações coletivas; g) comunicação e atuação junto com outros órgãos públicos (GOMES, 2019, p. 209)

Pautada na atuação estratégica voltada à proteção de grupos vulnerabilizados, a Defensoria Pública reafirma seu papel como guardiã dos vulneráveis (*custos vulnerabilis*). A tese preconizada por Maurilio Casas Maia é apresentada por Gomes quando explica que:

A atribuição/função *custos vulnerabilis* consiste em uma atuação ou intervenção constitucional, autônoma e institucional, que tem como objetivo garantir o acesso ao direito, equilibrar o contraditório e a ampla defesa, bem como promover os Direitos Humanos de grupos em situação de vulnerabilidade. (GOMES, 2019, p. 135)

Segundo Esteves e Silva (2018), a tese da Defensoria como interveniente atuante como *custos vulnerabilis* ainda carece de melhores contornos para entendimento de sua aplicabilidade especialmente em âmbito processual.

Aqui, é reconhecida e aplicada a teoria em perspectiva abrangente, para além dos processos judiciais, convocando as estruturas da Defensoria a fim de posicionar o grupo de pessoas transgênero como especialmente vulneráveis, compelindo a Instituição à atuação estratégica, extrajudicial e em formação em direitos, a fim de minimizar os impactos em cidadania sofridos por transexuais, travestis e pessoas não-binárias, entre outras identidades trans, nos contextos em que a tutela do Estado é mais falha.

3. Mutirão das Transidentidades: atuação extrajudicial estratégica para alteração de documentos de pessoas trans

Cumprindo com objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública foi idealizado o Mutirão de Alteração de Prenome e Gênero da Pessoa Transgênero, aqui chamado Mutirão das Transidentidades, pela primeira vez, no ano de 2020, na comarca de Ituiutaba (MG), que engloba ainda os municípios de Gurinhata (MG) e Flor de Minas (MG).

Trata-se de iniciativa de atuação extrajudicial estratégica voltada ao aumento do acesso à justiça e promoção dos direitos humanos.

Em razão do estado de calamidade pública, o Mutirão esteve suspenso durante a pandemia e é retomado em 2022, quando é levado para as comarcas de Uberlândia (MG) e Patos de Minas (MG), tornando-se regional. Sobre a regionalização da iniciativa e ampliação da sua abrangência em ações é tratado no próximo item.

Em 2020, a realização do Mutirão ocorreu em razão da dificuldade percebida que pessoas transgênero estavam enfrentando ao buscarem a alteração em seus registros civis diretamente no cartório em Ituiutaba (MG).

Ocorre que em sede da ADI-4275, em que pese a decisão do STF apreciando o tema 761 da repercussão geral ter dado provimento ao recurso extraordinário e fixado a tese de que a pessoa transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa, são frequentes dificuldades na obtenção de toda a documentação exigida, bem como no pagamento das custas do procedimento diretamente no cartório, estimadas em R\$500,00 (quinhentos reais) em Minas Gerais.

Isso porque o Provimento n.º 73/2018 do CNJ, que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN), além de trazer extenso rol de documentos para a alteração², deixou a questão das custas do procedimento a serem tratadas por lei específica de cada Estado-membro.

Em Minas Gerais, não há legislação que garanta a gratuidade do procedimento no cartório, ainda que realizado por intermédio da Defensoria Pública.

Tramita na Assembleia Legislativa de Minas Gerais o Projeto de Lei (PL) n.º 2.524/2021, que dispõe sobre a gratuidade na alteração do registro civil de

² A fim de ilustrar, é apresentado a lista de 17 (dezessete) documentos que podem vir a ser exigidos em um único procedimento de retificação. Dispõe o Art. 6.º, do Provimento 73/2018, que “§ 6.º A pessoa requerente deverá apresentar ao ofício do RCPN, no ato do requerimento, os seguintes documentos: I – certidão de nascimento atualizada; II – certidão de casamento atualizada, se for o caso; III – cópia do registro geral de identidade (RG); IV – cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso; V – cópia do passaporte brasileiro, se for o caso; VI – cópia do cadastro de pessoa física (CPF) no Ministério da Fazenda; VII – cópia do título de eleitor; IX – cópia de carteira de identidade social, se for o caso; X – comprovante de endereço; XI – certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XII – certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XIII – certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XIV – certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos; XV – certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos; XVI – certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos; XVII – certidão da Justiça Militar, se for o caso.” (BRASIL, 2018).

pessoas transgênero no Cartório de Registro Civil, sempre que o/a requerente não possuir condições para arcar com as custas e emolumentos do procedimento, sendo a hipossuficiência, caso a caso, a ser constada pela Defensoria Pública do Estado ou pelos Centros de Referência em Assistência Social (CRAS). O PL aguarda votação em plenário.

A Defensoria Pública, então, visando promover cidadania, dignidade da pessoa transgênero e a igualdade material, com vistas que a decisão do STF realmente fosse eficaz para todas as pessoas transgênero, e não apenas para aquelas que pudessem pagar, idealizou o Mutirão.

Entre as principais atribuições da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais para a viabilidade do Mutirão está a promoção do acolhimento à pessoa transgênero já vitimada pela transfobia institucional, que muitas vezes tem receio de buscar a tutela dos próprios direitos, quando não se entende respeitada enquanto quem usa de serviços públicos ou mesmo quando se sente desprotegida ao recorrer à tutela Estado.

Como direcionamento para preparação interna, é entendido que o processo de afirmação da pessoa transgênero como cidadão ou cidadã perpassa o compromisso de se (re)pensar como o próprio espaço da Defensoria pode se tornar mais acolhedor ao público.

Do atendimento prestado, sinalização de banheiros à explicação do procedimento, assistidos e assistidas trans precisam ser sobremaneira tratados com dignidade, empatia e, especialmente, respeito à identidade de gênero que identificam para si, independente da aparência ou vestimenta.

Uma vez acolhidos e acolhidas na Defensoria, outra principal atribuição refere-se ao auxílio na obtenção dos documentos necessários para o trâmite da retificação, ocasião em que a Instituição atua requisitando aos cartórios as certidões com custas (certidão de protesto e registro civil atualizado), ou prestando ajuda na emissão daquelas obtidas diretamente da internet já que muitos assistidos não têm acesso ou conhecimento da tecnologia.

Destaca-se ainda, em contextos em que o(a) assistido(a) não é natural de Ituiutaba (MG), a necessidade de diligenciar aos cartórios de registro de origem a fim de solicitar documentos.

Para a realização do Mutirão em 2020, além da reunião dos documentos, o desafio de garantir gratuidade ao procedimento só foi contornado com a consolidação de parceria com o CEJUSC.

Em atenção ao viés de cidadania dos órgãos, vislumbrou-se a possibilidade de que Defensoria e CEJUSC cooperassem mutuamente para a suplantação da

ausência de lei no estado de Minas Gerais que reconhece o direito à gratuidade no procedimento extrajudicial de retificação para pessoas transgênero.

Em atenção ao interesse compartilhado na promoção de cidadania a pessoas transgênero, o Juízo da comarca de Ituiutaba (MG) consentiu com a homologação do requerimento de alteração do prenome e gênero, concedendo-lhe a gratuidade.

Como procedimento, foi definido que a pessoa transgênero requerente passaria por audiência para oitiva de 02 (duas) testemunhas que comprovassem ser aquele o nome social já reconhecido na convivência dela no contexto social.

Realizada audiência e ouvidas as testemunhas, o requerimento de retificação com a concessão da gratuidade é deferido.

A realização das audiências e entrega das sentenças de gratuidade passaram a compor uma das etapas do Mutirão. Todavia, em havendo lei no futuro que reconheça a gratuidade do procedimento a pessoas trans, tais etapas podem ser abandonadas, tornando ainda mais célere e economicamente interessante o procedimento do Mutirão.

Assim, além da preparação interna prévia, o procedimento definido em 2020 era composto por cinco etapas sequenciais: a) cadastro na Defensoria para solicitação de documentos, b) realização de audiência com duas testemunhas; c) homologação, por sentença, do requerimento de retificação e concessão de gratuidade; d) encaminhamento dos documentos ao RCPN para alteração extrajudicial ou encaminhamento judicial da demanda, caso não fosse possível a alteração extrajudicial; e) entrega da certidão de nascimento e/ou casamento retificadas e comunicação da retificação ao cartório de origem, caso não fosse o de Ituiutaba (MG).

Além da alteração dos documentos, a edição do I Mutirão contou com a realização de pesquisa científica, promovida pelo curso de serviço social da UFU, voltada a conhecer o perfil sociodemográfico dos(as) participantes, coletando informações sobre o público-alvo para futuros aprimoramentos do procedimento definido, bem como para ampliação da atuação estratégica da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais em relação a pessoas transgênero.

Com a realização do Mutirão das Transidentidades, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais alcançou diretamente 13 (treze) pessoas transgênero de Ituiutaba (MG), que retificaram seus documentos extrajudicialmente.

Na ocasião, estes participantes se submeteram voluntariamente à pesquisa e, hoje, compõem os primeiros dados sobre perfil sociodemográfico das assistidas e assistidos e o universo de informações que permitem estabelecer

novas intervenções institucionais, comparar resultados e consolidar políticas públicas para o grupo.

Porém, o Mutirão foi além, pois trouxe a questão da transgeneridade para conhecimento e debate. Com a divulgação midiática propiciada pela iniciativa, um novo mundo foi apresentando para a sociedade tijuicana (de Ituiutaba) e a partir de uma nova lente, na qual pessoas trans são mais que vítimas, mas protagonistas na luta por seus direitos.

Na perspectiva da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a realização da primeira edição do Mutirão apontou horizontes de melhoria e expansão, bem como a necessidade fundamental de mobilizar diferentes instituições para a guarda dos vulnerabilizados.

4. Regionalização do Mutirão das Transidentidades: convergência de instituições e saberes trazem novos alcances à Defensoria Pública

Com a realização do primeiro Mutirão das Transidentidades, em 2020, foram identificadas perspectivas de crescimento para atender demandas percebidas em âmbito regional, com a expansão do Mutirão para outras comarcas; e de fortalecimento da proposta, incorporando novas ações voltadas à formação em direitos humanos de pessoas transgênero, a ser ofertada a agentes públicos que atendem pessoas transgênero na segurança pública, saúde, judiciário e educação.

Para a realização do Mutirão em 2022, além da alteração dos documentos, o acolhimento institucional e educação em direitos humanos foram pressupostos norteadores da proposta desenvolvida pela Defensoria e equipe de parceiros.

Assim, somaram-se à comarca de Ituiutaba (MG), as comarcas de Patos de Minas (MG) e Uberlândia (MG), tornando a segunda edição do Mutirão regional da Defensoria Pública do Estado. Em perspectiva educacional, a proposta ganha como reforço a participação do curso de direito da UEMG, a fim de potencializar a pesquisa e o plano de ações componentes do Mutirão, envolvendo instituições públicas de educação a fim de otimizar as ações do Estado e empreender esforços para a formação em cidadania.

Importa mencionar o contexto socioeconômico da região, especialmente no que se refere à vivência de pessoas LGBTQ+, e como isso refletiu na necessidade de se pensar uma atuação estratégica localizada, mas também regional.

A cidade de Ituiutaba, Minas Gerais, pertence à mesorregião do Triângulo Mineiro e Alto Parnaíba. Enquadra-se na classificação do IBGE como um município de médio porte, com uma população em torno de 97.171 mil pessoas, conforme censo de 2010, e população estimada em 100.000 pessoas para ano de 2021.

O perfil demográfico apresenta uma população com sensível maioria feminina com destaque para as faixas etárias entre 35 e 64 anos; os homens em sensível maioria entre crianças, jovens e adultos até a faixa de 34 anos. As mulheres idosas estão em sensível maioria se comparadas com os homens.

Conforme estimativa de 2019 (pré-pandemia), o salário médio mensal girava em torno de 2,1 salários-mínimos. Tomando a proporção de pessoas ocupadas em relação à população total, a média era de 22,5%. Há domicílios com rendimentos mensais de até meio salário-mínimo por pessoa, evidenciados no percentual de 30% da população nessa faixa de renda. Excluídos desse contingente de pessoas compõem um grande volume de subempregados e trabalho precarizado (ANTUNES, 2020), sem registro formal em carteira (IBGE, 2019).

Nesse sentido, há uma configuração de evidente pobreza, correspondente aos 30% provavelmente sobrevivendo de subemprego ou bicos de natureza diversa, e do trabalho informal que não tem registro oficial, mas estima-se um volume não muito menor.

Em relação à população ocupada, dos 97.171 habitantes, a força de trabalho até 2019 era de 23.501 trabalhadores, dado este que pode ter sofrido impactos após a pandemia, contudo, ainda sem dados atualizados confirmados para 2022.

Em relação à Educação, o município, em números de 2010, apresenta entre 6 e 14 anos de idade o percentual que atinge 98,1% de escolarização. No entanto, o dado não mede o grau de analfabetismo funcional naturalmente presente em boa parte da população que sobrevive com meio salário-mínimo, além dos trabalhadores informais. Também não trata especificamente da população LGBT+, grandemente lesada em contextos escolares em que percebe-se práticas da “pedagogia de expulsão” e/ou que não se trata de educação em sexualidade abrangente.

É considerado ainda, para melhor entendimento do panorama do município, a situação de declínio do emprego nos últimos anos (antes do período pandêmico) e crescimento de subemprego e trabalho precarizado sem formalidade, tendência de queda desde 2014, em âmbito nacional.

Os dados do PIB *per capita* em torno de R\$32.172,89 (IBGE, 2019), refletem claramente a altíssima taxa de concentração de renda do município, em contradição com o dado de 30% da população recebendo meio salário-mínimo e vivendo na informalidade.

Este cenário de baixa ocupação da força de trabalho e crescimento de ocupação informal reflete a situação socioeconômica do trabalhador precarizado.

Esse público, preferencialmente, buscará na assistência social os mecanismos de transferência de renda para obtenção de renda suplementar para suas

necessidades básicas. Enquanto em perspectiva de saúde, buscará o SUS como única alternativa para suas demandas.

No que tange à orientação jurídica, a porta de entrada é a Defensoria Pública, seja para atuação judicial ou extrajudicial. Além dos núcleos de assistência judiciária, a exemplo do que é mantido pelo curso de Direito da UEMG.

Em Ituiutaba (MG), a maior parte da população é de baixa renda. Em se tratando especificamente da população transgênero, e considerando-se a realidade notória de discriminação social e abandono estatal, que inicia na infância e alcança vida adulta e acesso a outros direitos, não é difícil imaginar contextos ainda mais complexos de acesso a trabalhos formais, renda e protagonismo.

Se utilizar como referência os números das duas pesquisas de 2020 e 2022 (ainda em fase de coleta), percebe-se um indicativo do aumento no número de interessados(as) pelo Mutirão, isso se verificado apenas em Ituiutaba, a pioneira no Estado nessa iniciativa.

No ano de 2022, Uberlândia (MG) e Patos de Minas (MG) também aderem à proposta, demonstrando a crescente abrangência dos Mutirões na região do Triângulo Mineiro conforme maior adesão das unidades da Defensoria do Estado. É uma tendência que demonstra caminhos para que o Mutirão seja assimilado por diferentes comarcas, a ponto de transformar-se em política institucional da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

A regionalização do Mutirão surge à medida que se percebe a potencialidade da convergência de instituições (unidades da Defensoria e do CEJUSC) e de saberes (UFU e UEMG), além da participação social, para a transformação social e organização de estratégias amplas de enfrentamento a demandas de pessoas transgênero, seja na alteração de documentos, seja na promoção de educação em direitos humanos no poder público para tornar instituições mais receptivas e acolhedoras as pessoas LGBTQ+.

Em relação ao envolvimento das organizações sociais LGBTQ+ e a participação no II Mutirão, duas importantes organizações ganharam destaque: a *Associação Cores do Pontal* e a *ONG Vânia Latif*. É entendido que o êxito alcançado em Ituiutaba tem relação com a parceria desenvolvida junto aos Movimentos Sociais locais, incluídos na mobilização e convidados à participação na iniciativa, indicando importante estratégia para melhor alcance das ações.

A aproximação do Mutirão com os movimentos sociais ampliou o campo de diálogo com pessoas transgênero do Município, atuando as ONGs como facilitadoras na divulgação da proposta e maior adesão de pessoas interessadas na alteração dos documentos pessoais, em atenção às observações de Gomes

(2019) quando destaca a necessidade de participação dos vulnerabilizados na consolidação de uma atuação estratégica pela Defensoria.

Para a viabilização da formação em direitos humanos para agentes públicos, professores e estudantes dos cursos de serviço social (UFU) e direito (UEMG) empreenderam formação prévia com funcionários e estagiários da Defensoria de Ituiutaba (MG), antes do início dos atendimentos.

A parceria com as universidades públicas tem possibilitado ampliar as margens da pesquisa científica e definir produtos formativos e informativos sobre direitos de pessoas transgênero, que podem ser transformados em palestras, cursos e oficinas sobre acolhimento a pessoas transgênero a serem ofertados a corporações policiais, profissionais de saúde, professores e profissionais da educação e membros do judiciário.

Para a realização da edição de 2022, também foi reestruturado o questionário dedicado à pesquisa científica, a fim de incorporar perguntas específicas sobre o procedimento, dificuldades percebidas na realização extrajudicial da alteração diretamente nos cartórios e, especialmente, sobre a qualidade de atuação da Defensoria.

Dessa forma, os resultados da segunda pesquisa de perfil, de 2022, serão comparados aos dados da pesquisa de 2020 para avaliar os pontos em que houve avanço e os que necessitam revisão. Importante ressaltar que está em andamento, com protagonismo da Defensoria Pública, uma articulação em rede.

Ainda no que se refere à promoção dos direitos humanos, durante o II Mutirão foram realizadas entrevistas para TV, palestras e promovido o lançamento da edição de 2022, na cidade de Ituiutaba (MG), no Plenário da Câmara Municipal, em noite comemorativa ao Dia Nacional da Defensoria Pública (19/05), ocasião em que pessoas transgênero e associações voltadas à defesa da população LGBT+ puderam falar diretamente para a comunidade, muitas delas ocupando pela primeira vez a *casa do povo*.

A cada divulgação do Mutirão nas redes e mídias sociais (TV, rádio, internet, jornal), o tema dos direitos de pessoas transgênero era colocado em evidência, e antes o que se evitava falar, passou a fazer parte do cotidiano das pessoas. O debate provocado pelo Mutirão contribui também para a formação das novas gerações, que passam a ter uma visão sobre o que é autodeterminação de gênero e da sexualidade, respeitando-os.

Isso tudo é promoção de direitos humanos, levando ao conhecimento das pessoas transgênero que elas têm direitos, e que há uma instituição voltada para

defesa dos seus direitos, para dar voz a elas, mas também lhes dar a oportunidade de falar, e não apenas falar por elas, dando-lhes visibilidade e protagonismo.

Nisso, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais convoca saberes diversos e articula uma atuação estratégica em rede para a tutela dos interesses de pessoas transgênero, redução do preconceito e transfobia.

Oportuno recordar Galliez (2007, p. 60), quando este afirma que “o desenvolvimento e a prática da transformação social são inesgotáveis e, sendo assim, é possível ao Defensor Público neutralizar a força dominadora do direito positivo, tendo como instrumento para essa finalidade a sua desconstrução.”

E, em verdade, desconstruir o direito, invertendo a lógica do pensamento tradicional, praticando a justiça social que atenda aos interesses dos excluídos (e não à justiça ideológica do aparelho estatal), é o que motiva a atuação da Defensoria Pública diariamente e fundamenta a iniciativa e consolidação do Mutirão das Transidentidades.

5. Considerações finais

Os Mutirões das Transidentidades têm se mostrado uma iniciativa importante da sociedade democrática, para resistir à violência cometida contra pessoas transgênero, reforçando o papel de *custos vulnerabilis* da Defensoria Pública e a necessidade de uma atuação estratégica, que inclua os vulneráveis, para (re)pensar caminhos para o enfrentamento a vulnerabilidades e limitações em cidadania.

Desde a primeira edição do Mutirão, em 2020, e na sua retomada em 2022, a população trans é convidada a ocupar como protagonista o debate público na luta por seus direitos. Com a articulação dos Movimentos Sociais; amparo jurídico da Defensoria Pública de Minas Gerais e do CEJUSC/TJMG; e apoio técnico-científico das UFU e UEMG, a iniciativa tem se consolidado na região do Triângulo Mineiro, alcançando *status* regional com a adesão das unidades de Uberlândia (MG) e Patos de Minas (MG).

A atuação conjunta das instituições e convergência de saberes, tem amplificado os alcances estratégicos da iniciativa, e por consequência da própria Defensoria Pública enquanto guardiã dos vulneráveis e responsável por enfrentar a transfobia e promover cidadania e direitos humanos.

Assim, tornou-se possível não apenas a alteração de prenome e gênero da pessoa transgênero hipossuficiente de forma gratuita, mas também o acolhimento institucional promovido pelas ações de capacitação dos agentes públicos prestadores de serviços a transexuais, travestis e pessoas não binárias,

entre outras identidades trans, para melhor tratamento e atendimento na saúde, educação, segurança pública, judiciário etc.

A iniciativa também trouxe impactos no que se refere à promoção de direitos humanos, alcançando a sociedade civil, que teve acesso a informações sobre a luta de pessoas transgênero nas diferentes mídias em que foi noticiado o Mutirão.

Conclui-se que a idealização e realização do Mutirão das Transidentidades pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais a confirmou como instituição de vanguarda em defesa das minorias e dos direitos humanos no cenário jurídico, bem como que o envolvimento das pessoas vulnerabilizadas e a convergência de diferentes instituições e saberes é estratégia de amplificação dos alcances da Instituição.

6. Referências

ANTUNES, Ricardo. *Uberização, trabalho digital e Indústria 4.0*. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. STF. *ADI 4275*. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. CNJ. *Provimento n.º 73 de 28/06/2018*. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). 2018. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. STF. *Diversidade*. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020.

IBGE. *Cidades*. Ituiutaba Minas Gerais. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/ituiutaba/panorama>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

GALLIEZ, Paulo C. R. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Marcos V. M. L. *Defensoria Pública: direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn R. A. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

NASCIMENTO, Letícia C. P. do. *Transfeminismo*. São Paulo: Jandaíra, 2021.

SILVA, Franklyn R. A. A formatação processual da Defensoria Pública no Novo Código De Processo Civil. In: SILVA, Franklyn R. A. (Org.). *O CPC 2015 e a perspectiva da Defensoria Pública*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2018.

Os atendimentos da Defensoria Pública e o direito humano fundamental à assistência jurídica integral e gratuita: entre técnica jurídica e contingências do cotidiano

The attendance service of the Public Defender's Office and the fundamental human right to full legal assistance: between legal technique and everyday contingencies

PAULO HENRIQUE DRUMMOND MONTEIRO

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Defensor público do Estado de Minas Gerais.

Resumo: A vivência concreta e dinâmica do expediente cotidiano dos atendimentos da Defensoria Pública tem sido invisível para a reflexão institucional, a despeito de sua essencialidade para a compreensão do direito humano fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, bem como dos princípios e institutos que regem a atuação funcional. Este trabalho parte da hipótese de que a exploração científica do dia a dia dos atendimentos dos defensores públicos pode possibilitar uma melhor compreensão dos significados concretos do direito humano fundamental à assistência jurídica integral e gratuita que deve ser prestada pela defensoria pública, ao abrir caminhos para a revelação de um mundo de produção de normas não escritas, oriundas do cotidiano da prática do direito, capazes de transformar ou adaptar o direito oficial. A oralidade desponta nesse contexto normativo cotidiano como fenômeno essencial de onde se extraem elementos da configuração da pretensão jurídica e da norma do caso. Definir medidas concretas que aprimorem o acolhimento e a escuta do assistido nos momentos de atendimento a partir da análise científica do que ocorre no cotidiano, pode ser um caminho apto a aproximar a Defensoria Pública daquilo que constitucionalmente se propôs com a criação de uma instituição incumbida de prestar uma assistência jurídica de caráter integral e gratuito.

Palavras-chave: Assistência jurídica integral; Defensoria Pública; Direito do cotidiano; Atendimento; Acolhimento.

Abstract: *The concrete and dynamic experience of the daily routine of the Public Defender's Office has been invisible to institutional reflection, despite its essentiality for the understanding of the fundamental right to full legal assistance and free legal aid, as well as the principles and institutes that govern the*

functional performance. This work is based on the hypothesis that scientifically exploring the daily routine of the public defenders' assistance enables a better understanding of the concrete meanings of the fundamental human right to full legal assistance that should be provided by the public defender's office, by opening ways to reveal a world of production of unwritten norms, originating from the daily practice of law, capable of transforming or adapting the official law. Orality emerges in this daily normative context as an essential phenomenon from which elements of the configuration of the legal claim and the norm of the case are extracted. Defining concrete measures that improve the reception and listening to the assisted party in moments of assistance based on the scientific analysis of what happens in everyday life may be a suitable path to bring the Public Defender's Office closer to what was constitutionally proposed with the creation of an institution charged with providing full legal assistance free of charge.

Keywords: Full legal assistance; Public Defender's Office; Everyday life law; Attendance; Reception.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito está no mundo e não só nos autos; 3. As contingências de uma atividade de tradução; 4. A oralidade dos atendimentos: o acolhimento e o caráter integral da assistência jurídica; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

É comum ouvir dos membros da Defensoria Pública que a atividade de atendimento é um dos pilares da atuação institucional, ao lado do cotidiano de audiências judiciais, das atividades de peticionamento em âmbito judicial e extrajudicial.

No entanto, há um cenário de escassez de reflexão crítica interna ou externa sobre essa atividade, bem como de investigações teóricas sobre o trabalho realizado diariamente nas mesas e guichês de atendimento e nos gabinetes dos defensores públicos.

A vivência concreta e dinâmica do expediente cotidiano dos atendimentos tem sido invisível para a reflexão institucional, a despeito de sua essencialidade para a compreensão dos princípios e institutos que regem a atuação funcional.

A promessa constitucional e legal de assistência jurídica integral e gratuita pela Defensoria Pública enquanto direito humano fundamental se sustenta não só na função institucional de tutela judicial de direitos individuais, difusos e coletivos da população vulnerável, mas “prioritariamente” na tutela extrajudicial dos conflitos, nas funções de “orientação jurídica”, “difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”. Essas últimas funções encontram na atividade atendimento ao assistido uma de suas vigas mestras, exigindo a legislação que o seu exercício sempre ocorra de maneira “interdisciplinar” (BRASIL, 1994).

Assim, o atendimento constitui uma das mais importantes atividades exercidas pelos defensores públicos e mantém estreita relação com a pretensão de alcance de um direito mais humanizado, de um acesso à justiça mais efetivo, ou com a pretensão da Defensoria Pública de se consolidar como “expressão e instrumento do regime democrático” (BRASIL, 1988).

A reflexão crítica sobre essa atividade é tão essencial quanto aquelas que incidem sobre as demais atividades judiciais e extrajudiciais da defensoria pública, objeto de preocupação mais frequente da literatura institucional.

Este texto parte, portanto, da premissa segundo a qual o atendimento ao assistido consiste em atividade fim e não mera atividade meio dos defensores públicos, à vista das funções que lhe foram atribuídas pela Constituição e pela Lei Orgânica (BRASIL, 1988, art. 134; BRASIL, 1994, art. 4.º).

A hipótese que se pretende desenvolver é a de que explorar cientificamente o dia a dia dos atendimentos dos defensores públicos possibilita uma melhor compreensão dos significados concretos do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, bem como da missão constitucional da Defensoria Pública em prestá-la. Isso porque esses estudos podem abrir caminhos para a que se seja revelado um mundo de produção de normas não escritas, oriundas do cotidiano da prática do direito, capazes de transformar ou adaptar o direito oficial e adequar o tratamento dos interesses jurídicos às contingências do dia a dia (HESPANHA, 1998, p. 73–75).

Para tratamento do tema, revisitam-se os conceitos de direito do cotidiano (HESPANHA, 2009) e direito espontâneo (GALANTER, 1993), são colocados exemplos de situações práticas da tensão entre contingências cotidianas do atendimento e o trabalho técnico do defensor público sendo analisado nesses exemplos, as atividades de acolhimento e de tradução dessas contingências para a técnica jurídica nesses espaços orais de produção do fenômeno jurídico.

2. O direito está no mundo e não só nos autos

O desinteresse da teoria do direito pela reflexão sobre atividades práticas cotidianas dos órgãos do sistema de justiça não atinge exclusivamente os trabalhos da Defensoria Pública.

Sob a alcunha de atos “ordinatórios”, a vivência concreta e dinâmica da comunicação e do expediente jurídico¹ — em balcões de secretaria, em escritórios

¹ Expediente cujos atos são sintomaticamente acompanhados na linguagem jurídica pelo adjetivo “mero”, na forma do art. 93, XIV da Constituição da República (BRASIL, 1988).

de advocacia, nas atividades materiais dos oficiais de justiça, dos policiais penais, dos diretores de unidades prisionais, nos espaços de atendimento de órgãos públicos, nas salas de audiência, gabinetes judiciais e nos corredores dos fóruns — tem sido invisível para a teoria do direito, a despeito de sua essencialidade para a compreensão dos princípios e institutos jurídicos (SANTANA; LOPES, 2019).

A construção de uma teorização crítica do direito e das instituições não pode se reduzir à análise das fontes estatais ou da dogmática dos institutos jurídicos, uma vez que tais elementos coexistem de forma dinâmica com diferentes contingências engendradas no próprio seio social e na concretude da atividade rotineira dos tribunais, dos cartórios, gabinetes, salas de audiência, salas de atendimento ao público de órgãos do Sistema de Justiça.

A análise sócio-histórica desses espaços de direito vivo, de direito do cotidiano (HESPANHA, 2009, p. 532), e de sua comunicação oral permite resgatar outras nuances da experiência jurídica ofuscadas, em certa medida, pela fragmentação, especialização e seriação do tratamento tradicionalmente escrito e abstrato do direito.

Trata-se de se recuperar a experiência da oralidade e do cotidiano que, para além de fazer circular o direito, produz sentidos normativos ao guardar “*parte da memória do direito, que é corpórea, feita dos sentidos e exposta por meio deles*” (LOPES, 2010, p. 138).

Assim, uma compreensão crítica do direito não dispensa um olhar atento para o pluralismo de fontes do Direito que se manifestam no fazer diário da atividade.

Para Hespanha (2009, p. 532), faz mais sentido, inclusive, falar num “*depósito*” ou “*repositório*” de normas jurídicas estabilizadas na *práxis* do fazer jurídico, do que em “fontes” do direito, providas de alguma “*nascente obscura*”, seja ela natural, metafísica ou positiva.

Segundo o autor, o estudo do direito deve se valer menos da consideração metafísica de elementos abstratos que da observação e análise das “*micromanifestações da experiência jurídica cotidiana, nomeadamente nas situações jurídicas individuais, entre as quais se contam actos jurídicos, mas também usos e rotinas com pouca densidade intencional ou reflexiva*” (HESPANHA, 2009, p. 531).

O direito extraído do cotidiano se ampara na constatação da existência de um pluralismo jurídico, formado por normas espontâneas empiricamente observadas no seio social e até mesmo nas atividades práticas das instituições de Estado, para além do direito oficial:

Falarei de ‘ordem espontânea’ ou ‘direito espontâneo’ (*indigenous orderings, indigenous law*) para designar esta regulamentação das relações sociais que emana da própria comunidade, quer dizer, que corresponde a um modo de comportamento reconhecido, ao qual nos conformamos na vida de todos os dias, na medida em que está sujeito a uma regulamentação. Por ‘direito espontâneo’ não entendo o sentimento difuso, que se pode ter aqui ou ali da justiça, mas os modelos concretos de comportamento social que se impõem numa variedade de contextos sociais na sociedade americana: universidades, associações desportivas, locais de habitação etc. (GALANTER, 1993, p. 78).

As próprias instituições de Estado são lugares de onde emergem regras desse direito espontâneo, decorrentes de suas atividades cotidianas. Ele se estabelece também nos organismos públicos e determina a forma e a medida da aplicação do direito do oficial:

Direito espontâneo e direito estadual não devem ser olhados como constituindo uma alternativa, nem como correspondendo a duas etapas no desenvolvimento da sociedade: a sociedade moderna determina e vê multiplicar-se um e outro. As instituições estaduais tornam-se, elas próprias, lugares de onde emergem regras de direito espontâneo: testemunho disso são as regras não formais estudadas por Blau, que se estabeleceram nos organismos públicos e que determinam a maneira e em que medida esses organismos vão impor o direito estadual (GALANTER, 1993, p. 80).

O direito nascido na espontaneidade do cotidiano (o aspecto normativo que emana das atividades de rotineiras da experiência jurídica) evidencia uma tensão e uma interrelação entre o Direito oficial do Estado e sensibilidades jurídicas da comunidade, ou mesmo entre o Direito oficial e as práticas habituais, rotineiras, as contingências e sensibilidades do próprio “aparelho jurídico” (HESPANHA, 1982) na forma de aplicação desse Direito estatal.

É esta última forma de expressão do direito do cotidiano que precisa ganhar espaço na pesquisa jurídica: as normas espontâneas que emanam das atividades rotineiras de órgãos incumbidos de interpretar, aplicar e dar concretude ao Direito.

Os atendimentos às pessoas vulneráveis realizados pelos defensores públicos consistem em algumas dessas atividades cuja abertura para a oralidade do cotidiano, inundam o direito de memórias e sentidos múltiplos que a pesquisa jurídica não pode dispensar, uma vez que conformam o próprio trabalho técnico do profissional.

As dificuldades geradas por situações do dia a dia dos atendimentos do defensor público para a compreensão das relações jurídicas, para uma correta orientação jurídica ou para a busca de soluções viáveis para a questão que lhe é demandada, não podem ser aferidas pela análise abstrata dos institutos que compõem a matéria tratada.

Análises em níveis mais concretos são indispensáveis para a teoria do direito, uma vez que se propõem a conhecer o percurso, os meandros, os bastidores, as contingências da formação das pretensões jurídicas e da norma do jurídica dos casos concretos.

Esse percurso e essas contingências preenchem a atividade jurídica de significados e o seu conhecimento consolida uma sabedoria jurídica, que é forjada na prática:

Se falta um relato minudente da forma como a processualidade do direito se efetiva, falta especialmente a descrição/a narrativa da contingencialidade na atuação dos agentes de elaboração dos fenômenos típicos. Isso não ocorre apenas a partir da análise do teor deles ou dos efeitos de sua aplicação a partir dos textos. Não basta acessar as etapas formais do processo legislativo ou o conteúdo de uma decisão que resultou da interpretação de uma norma. Não basta ler a lei ou a sentença. É preciso uma atenção maior para o percurso de formação da lei e da decisão judicial como matéria da teoria jurídica (LOPES, 2015, p 42).

À semelhança da lei e da decisão judicial, não basta acessar a pretensão e os interesses jurídicos formalmente postos em juízo pelo defensor público na petição inicial, no conteúdo de uma peça de defesa ou nos termos do acordo extrajudicial por ele referendado. Falta nessa análise a compreensão dos meandros, do percurso, das contingências e dificuldades que levaram a tal ou qual medida, de tal ou qual forma, pelo profissional.

O dia a dia de membros da defensoria pública, com suas práticas, rotinas, hábitos irrefletidos, sensações e dificuldades na tradução dos interesses dos seus assistidos permeia o seu próprio trabalho técnico, formatando-o sob o amparo de uma sabedoria prática.

Em resumo, o direito praticado pela defensoria pública não está somente nos autos. O direito está no mundo e na vida que há fora dos autos, conduzindo os seus ritos, suas formas, suas decisões, mesmo sem neles figurar (SANTANA; LOPES, 2019).

Fixados na oralidade do contato direto entre defensor e assistido, os momentos não escritos dos atendimentos estão repletos dessas contingências do cotidiano jurídico, que participam da condução da formação do direito do caso concreto.

Desse cotidiano dos atendimentos muito se pode extrair sobre como é “*fabricado*” (LATOURE, 2019) o direito de todos os dias nas defensorias públicas.

Essa fabricação não se traduz em puras atividades nomológico-dedutivas pelo profissional entre o fato que lhe é narrado e a regra, mas em uma configuração narrativa (RICOEUR, 2010) que promove transformações tanto de um quanto da outra, a partir das relações que se estabelecem no cotidiano da *praxis* jurídica.

Segundo LATOUR (2019), confundir o direito com as regras é o mesmo que reduzir a ciência aos conceitos. Não se pode dizer que elas, por si só, se aplicam aos seres humanos e suas relações:

Wittgenstein demonstrará há muito tempo: não se pode nunca dizer de uma ação humana que ela ‘obedece’, que ela ‘acompanha’ ou que ela ‘aplica’ uma regra; pode-se somente dizer que ela se refere a essa regra. Na pesquisa que conduzimos, encontramos numerosos exemplos de articulação com textos, arquivos, citações, vistos, invocações, mas não um pequeno caos de aplicação de uma regra legal. Arquiva-se, serve-se de, copia/cola-se, relata-se, organiza-se, elabora-se, hesita-se, cita-se, examina-se os textos das regras — mas obedecê-las? (LATOURE, 2019, p. 330–331).

O citado antropólogo francês realizou um trabalho etnográfico no seio do Conselho de Estado da França para compreender o cotidiano daquele órgão e reuniu os resultados da pesquisa na obra *A Fabricação do Direito* (LATOURE, 2019).

Dedicando sua atenção à produção e manuseio dos arquivos e dossiês em trâmite no Conselho, às interações entre seus membros, aos bastidores dos mecanismos de julgamentos e aos embates de forças neles presentes, o autor trouxe como uma de suas conclusões a afirmação de que o direito está longe de ser uma mera enunciação objetiva, uma simbologia ou uma organização independente das relações concretas (LATOURE, 2019, p. 336).

O estudo do dia a dia do órgão e de seus membros levou o autor a concluir que a técnica jurídica não afasta do fenômeno do direito a ação contingencial do cotidiano:

[O direito] é a menos técnica de todas as formas de enunciação: nunca substitui a oralidade, a textualidade, a retomada laboriosa do sentido pelo corpo humano. Também não se pode calcular o direito resumindo-o através de um dispositivo mecânico — como uma calculadora por substituir o cálculo mental — também não se pode delegar seus vínculos em outra matéria para

resumi-lo ou expressá-lo de outra forma. (...) Podemos certamente falar de técnicas jurídicas, mas o sentido permanece metafórico: que não se espere do Conselho nenhum quadro de bordo, nenhum botão para apertar de onde o vice-presidente poderia controlar a fábrica do direito hoje de forma mais direta e eficazmente que ontem. (...) O direito, contrariamente à técnica, não é dobrado nem delegado. Ele só tem sentido se desdobrado, estendido, espalhado (LATOURET, 2019, 334–335).

De igual forma, também não se pode esperar dos defensores públicos um botão técnico que ao apertar confira ao assistido uma perfeita adequação típica do seu caso à norma, uma orientação exata sobre uma única e bem delimitada forma de proceder, ou uma única medida judicial/extrajudicial capaz de tutelar o interesse de forma objetiva, integral e tempestiva.

Assim, conhecer o percurso do momento de diálogo entre o Defensor Público e a pessoa vulnerável na pulsão concreta dos espaços de atendimento também deve ser matéria de teorização jurídica, notadamente para que se possa entender aspectos da assistência jurídica normalmente invisíveis, mas indispensáveis na compreensão da atividade, enquanto direito humano fundamental de caráter prestacional eleito pela Constituição da República nos artigos 5.º, LXXIV, e 134.

Não é suficiente para compreender a assistência jurídica integral a leitura abstrata dos instrumentos individuais e coletivos à disposição da Defensoria Pública; a afirmação teórica da natureza pública do serviço; a relação legal-estatutária entre defensoria e seus assistidos; as teorizações sobre o princípio do defensor natural, sobre as classificações das atividades típicas e atípicas, sobre o conceito teórico (amplo e restrito) de “necessitados”, sobre o dever de orientação jurídica, promoção de direitos humanos, entre outros debates tão comuns na literatura especializada em defensoria pública.

Também não é suficiente a pura afirmação do caráter interdisciplinar do atendimento jurídico presente na legislação (BRASIL, 1994, art. 4.º, IV).

As categorias jurídicas com que o defensor público lida diariamente não se esgotam na textualidade de comandos legais ou nos debates doutrinários, havendo um saber prático forjado na esfera concreta dos seus atendimentos, regados por sensações, emoções, regras não escritas e casuísticas, hábitos, rotinas não intencionais, interesses, limitações materiais, dificuldades operacionais e comunicativas, que vão compor o próprio conteúdo semântico de aspectos da técnica jurídica como a produção da prova, a adequação típica da situação jurídica, a tradução dos interesses para a linguagem do direito, a escolha da medida

cabível, o tratamento do equilíbrio entre a segurança jurídica e a tempestividade da resposta do direito, por exemplo.

3. As contingências de uma atividade de tradução

Se por um lado o defensor público precisa estar atento nos atendimentos às exigências formais do Direito para a correta adequação típica dos fatos que lhe são narrados, para a delimitação do caráter jurídico das pretensões e para proceder à melhor escolha da via de tratamento da questão, por outro, precisa lidar com o cansaço, o excesso de demandas, o peso da rotina de anos na mesma atribuição e com a repetição entediante dos temas no dia a dia.

A contribuição de todos desses fatores para o vício da mecanização e frieza dos atendimentos é elemento que não se aprende nos livros, mas faz parte da atividade de absorção e tratamento dos conflitos pelo sistema de justiça.

As consequências dessa mecanização do atendimento, seja na formulação das pretensões ou no cumprimento das funções constitucionais de orientação jurídica e educação em direitos deve ser matéria de análise científica institucional para melhor compreensão da assistência jurídica que é e da que deve ser prestada.

Afinal, é nesse momento que o defensor público transita ou deveria transitar dialeticamente entre a complexidade da vida de seus assistidos e o sistema jurídico, dando sua contribuição para a narrativa do conflito, numa síntese discursiva originada da tensão entre sistemas e linguagens distintos.

Não se aprende nos livros, nos bancos das faculdades, ou nos cursos de formação como se deve fazer o trânsito entre as narrativas que se colocam nos atendimentos e a técnica do Direito.

Não se aprende nos livros como traduzir para a linguagem do Direito a complexidade e a informalidade das relações dos assistidos da defensoria pública da área de família, por exemplo.

Não se aprende em debates puramente teóricos como proceder numa mesa de conciliação extrajudicial entre o devedor de alimentos que não consegue encontrar emprego e as necessidades mais básicas do alimentando.

Não se estuda na preparação para o concurso público, como os sentimentos inerentes às relações intrafamiliares destacados pelos assistidos nos atendimentos influenciam o trabalho técnico do defensor público. Muito menos se aprende como bem orientar seus assistidos nessa tensão entre ordens normativas diversas.

Questões como essas, no entanto, não podem ser consideradas cientificamente irrelevantes já que todo defensor público de família sabe que “*a luta*

começa em dizer para o juiz ou em alguma demanda que a família que está ali, não é a família prevista no código civil” (COSTA, 2020)².

São situações em que subsistemas sociais autopoieticos (LUHMANN, 2009) — família e o direito, por exemplo — se entrecruzam se irritando mutuamente.

Nessas circunstâncias, o defensor público se vê no epicentro desse encontro intersistêmico, com a função de assimilar as relações familiares e internalizá-las sob o código do Direito, sem, no entanto, se esquecer que sua atuação jurídica deve amparar os valores e interesses dispostos nas relações do subsistema familiar.

Tais circunstâncias demandam análises científicas e institucionais, afinal, é pela caneta do defensor público que o enredo da vida da população mais carente chega ao universo do direito oficial, sendo por ele relido, num exercício de tradução pelo seu próprio discurso, com seus próprios mecanismos de classificação, interpretação e encadeamento dos eventos.

Esse trabalho de tradução consiste em uma atividade de negociação de sentidos (MONTERO, 2013), na assimilação das semelhanças e diferenças entre o mundo da vida dos assistidos e a técnica jurídico-formal.

Nesse exercício de tradução, existe, como destaca GAAKEER (2016), uma sabedoria jurídica prática (*phronêsis*), fundada na experiência, na reflexão sobre o hábito das atividades do universo prático do Direito.

Segundo a autora, deve-se considerar que os juristas, ao trabalharem com Direito, na prática, sempre refletem sobre as consequências das premissas doutrinárias e teóricas para o resultado do caso concreto. A teoria é usada como fonte de legitimação da ação. Por outro lado, a prática alimenta a teoria com novos questionamentos todos os dias postos pela atividade cotidiana:

Isso inclui atenção para eventual justificação teórica da posição assumida quando vista contra o pano de fundo do significado mais amplo do quadro jurídico e cultural combinados, por exemplo, em casos que atraem a atenção de qualquer sociedade como um todo (incluindo atenção da mídia). Por sua vez, o conhecimento teórico da lei é aumentado pelas questões *quid-iuris* reais levantadas pela prática jurídica, na medida em que muitas vezes vão muito além do discurso acadêmico doutrinal. Uma vez que a prática se volta à teoria em busca de justificação, a teoria prospera em dados práticos. Em suma, a metodologia do jurista nunca é puramente dedutiva ou indutiva, mas sempre o esforço combinado da percepção e apreciação dos fatos contra o

² Fala da então Subdefensora Pública-Geral de Minas Gerais em *live* realizada com o psicólogo Rossandro Klinjey, em 19.05.2020, no perfil oficial da DPMG na plataforma Instagram.

fundo do que a norma legal significa e a consequência de que todo o processo é regido pela dinâmica do quadro interpretativo que está sujeito a constantes evoluções, desafios de natureza variável (tecnológico ou social, por exemplo) (GAAKEER, 2016, p. 181).

No âmbito dos direitos reais, por exemplo, o direito de laje foi regulamentado pela Lei 13.465/2017 internalizando no direito oficial e abstrato uma prática informal e espontânea antiga, levada a efeito pela população mais vulnerável, de difícil adequação típica nos direitos reais até então previstos em lei.

A falta de previsão de instituto que se assemelhasse à referida prática cotidiana antes do advento da lei, exigia dos profissionais do Direito, inclusive do defensor público, criatividade para amparar os interesses jurídicos perante o sistema de justiça.

Outros exemplos interessantes dessa atividade de tradução levada a efeito pelos defensores públicos a partir do que lhe é colocado em atendimento e da dificuldade de trabalhar na tensão entre as contingências e a técnica, podemos citar a atuação da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais na assistência jurídica prestada aos atingidos pelo rompimento da barragem da Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho (MG), nas primeiras semanas após o desastre³.

Essa tensão se revela, por exemplo, na atuação dos defensores diante dos pagamentos que a Vale realizou nas primeiras semanas, a título de doação em caráter emergencial. Muito embora aqueles pagamentos já tivessem por fundamento o ato ilícito e o dano causado, foram classificados como doação.

Diante do receio dos assistidos em assinar o recibo do pagamento, a defensoria pública atuou para assegurar que aqueles valores não fossem considerados como antecipação de alguma indenização que futuramente viesse a ser pleiteada por quaisquer dos danos causados.⁴

O específico contexto de Brumadinho, portanto, trouxe uma qualificação jurídica ao ato que à primeira vista não se encaixa nos esquemas teóricos do Direito. E assim precisava ser para se afastar a confusão daqueles pagamentos com a indenização de algum dano.

³ Algumas das informações sobre estes exemplos foram extraídas das entrevistas realizadas no âmbito de uma pesquisa de Mestrado pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, com defensores públicos do Estado de Minas Gerais que participaram dos primeiros atendimentos em Brumadinho após o rompimento da barragem. Considerando que a aprovação do trabalho pelo Comitê de Ética da Universidade se deu com a manutenção em sigilo da identidade dos entrevistados (Pareceres n. 5.194.508 e 5.125.440, CAAE nº 52934921.6.0000.5149), foram identificados neste artigo cada entrevistado por meio de letras em notas de rodapé, conforme catalogação realizada na pesquisa.

⁴ Relato da defensora A.

A qualificação do ato como doação, no entanto, não afastou a possibilidade de a defensoria atuar em favor de seus assistidos através da exigência de pagamento daqueles valores.

Os defensores tinham consciência de que em Brumadinho “*a construção era de direitos e não de liberalidades*” (FERREIRA; FRANCISQUINI, 2019, p. 147). Caso se considerasse para todos os efeitos aqueles pagamentos como meras liberalidades, a defensoria pública não poderia intervir na decisão da Vale de pagar a tal ou qual pessoa.

A Vale estabeleceu regras abstratas sobre quem teria acesso aos referidos pagamentos. No entanto, nos atendimentos, os defensores se depararam com relatos de situações não previstas nos critérios estabelecidos pela empresa, o que gerou situações conflituosas acerca de quem teria “direito” àqueles pagamentos (FERREIRA; FRANCISQUINI, 2019).

Os defensores públicos, então, atuaram exigindo o pagamento nestes casos que a princípio não foram previstos nas regras da doação fixadas pela empresa como, por exemplo, nas situações de famílias mosaico e famílias simultâneas.⁵

Atuaram também para garantir o pagamento em situações cujo parentesco, relacionamento afetivo ou de cuidado não era facilmente comprovado via documento⁶ — como nos casos de uniões estáveis não formalizadas — e em situações não regulares como a de avós cuidadores, que não possuíam a guarda legal do neto órfão.⁷

Contingências específicas postas nos atendimentos levaram, portanto, os defensores públicos a buscar legitimação de sua atuação nos institutos jurídicos sem necessariamente uma pura subsunção da situação jurídica apresentada à norma, com o escopo de amparar de forma mais adequada os interesses imediatos de seus assistidos.

A experiência de Brumadinho evidenciou também que esse trabalho de tradução de contingências do cotidiano para a técnica jurídica nos atendimentos revelava a necessidade de tratar de novas sensibilidades jurídicas da comunidade não amparadas pela leitura perfunctória da lei.

Até mesmo a informação da causa da morte constante da certidão de óbito da pessoa falecida no desastre foi objeto de interesse trazido aos atendimentos.

Tais certidões foram objeto de retificação, uma vez que traziam como causa da morte expressões como “evento no córrego do feijão” ou “evento na cidade”, tendo causado grande insatisfação entre familiares de vítimas:

⁵ Relato dos defensores B e K.

⁶ Relato dos defensores D e K.

⁷ Relato da defensora D.

Mesmo com todo o processo de luto que agora, depois do enterro do marido, Ana Paula se permitia sentir, lutou para que modificassem o atestado de óbito do marido. No documento falava que ele havia morrido em “evento na cidade”. Discordava Ana Paula. André havia morrido como um homem de família que era, foi morto dentro da própria empresa que trabalhava (GOULART, 2019, p. 45).

Após a retificação, passou-se a constar “*Rompimento da barragem no Córrego do Feijão*”.⁸

O texto contido no campo “causa da morte” da certidão de óbito foi, portanto, objeto de formação de norma espontânea no seio da atividade cotidiana de construção da pretensão jurídica.

A tensão entre os interesses postos nos atendimentos e a prática cartorária gerou um sentido próprio e vivo para a exigência contida no art. 80, 8.º da Lei 6.015/73, de que a certidão de óbito contenha a “causa conhecida” da morte.

As situações relativas ao reconhecimento de morte presumida sem declaração de ausência das pessoas desaparecidas no desastre também demonstram como as contingências do atendimento foram determinantes até mesmo na escolha da medida a ser levada a efeito pelos defensores públicos.

Cogitava-se, inicialmente, entre os defensores o do ajuizamento de uma ação coletiva de justificação de óbito e declaração de morte presumida em relação a todas as pessoas desaparecidas. Chegou-se a concluir, de início, que a ação coletiva seria o melhor caminho (VALE, 2020).

No entanto, em artigo publicado em edição especial desta Revista, a defensora pública Paula de Deus Mendes do Vale (2020) revela as dificuldades que essa proposta encontrou após atendimentos e reuniões com as comunidades atingidas e membros das forças de segurança.

Alguns familiares queriam a declaração de morte presumida para resolver questões patrimoniais ou para regularizar alguma situação jurídica. Outros ainda tinham esperanças de enterrar seus mortos e rejeitavam aquela “*espécie de declaração ficta do óbito*” (VALE, 2020, p. 160).

Em escuta ativa às famílias, observou-se que havia enorme preocupação entre algumas delas de que uma ação coletiva pudesse levar ao fim das buscas (VALE, 2020).

Isso porque a lei determina que o pedido de justificação e declaração de morte presumida só pode ser realizado após o esgotamento das buscas por sobreviventes, provando-se que o desaparecido estava na situação de desastre e

⁸ Relato da defensora B.

dele não mais se tem notícia, para atendimento ao disposto no art. 7 do Código Civil e parágrafo único.

A maior parte das famílias que ainda não havia recebido notícias de localização dos corpos ou segmentos de seus familiares não queriam iniciar o procedimento de justificação, “*por querer passar pelo processo tradicional de luto, com a ritualização e o sepultamento dos mortos*”. (VALE, 2020, p. 162).

A solução encontrada pelos defensores públicos foi interpretar a legislação mediante uma diferenciação entre busca por sobreviventes e busca por corpos (VALE, 2020). A busca por sobreviventes já tinha se esgotado, o que possibilitaria o procedimento de justificação sem a interrupção da continuidade da busca por corpos, que o Corpo de Bombeiros ainda levava a efeito.

E, assim, aqueles que quisessem, poderiam individualmente ajuizar a ação de justificação sem interrupção dos trabalhos de busca pelo corpo de bombeiros.

A ideia de atuação por meio de ação coletiva, antes tida como o melhor caminho, foi prontamente afastada por força do que se ouviu nos atendimentos e reuniões.

Contingências e sensibilidades jurídicas como estas, que levam os profissionais a mudarem de decisão do caminho a ser traçado não se extraem da fria letra da lei ou das manifestações escritas do processo levadas ao juiz.

Por um lado, o luto, o rito de passagem e o respeito à memória das pessoas desaparecidas compuseram o tratamento jurídico das questões práticas trazidas nos atendimentos, caso contrário não se ampararia adequadamente o interesse da pessoa atingida. Por outro lado, a escolha da via de tratamento do problema resultou de intercorrências surgidas no diálogo entre defensores públicos e seus assistidos.

O mesmo se pode falar da atuação na Defensoria de Família: os sentimentos, as relações superpostas, as motivações, tudo isso pode influenciar a atuação técnica do defensor público e não pode deixar de ser matéria de apreciação científica e institucional.

No âmbito da defesa criminal, da mesma forma, os atendimentos e as entrevistas reservadas são igualmente essenciais para a escolha dos caminhos da defesa técnica.

O “*Caso Santa Cruz*”, relativo à prisão indistinta de 159 pessoas em uma festa na zona oeste do Rio de Janeiro em 2019, operação anunciada como combate às milícias cariocas, é exemplo elucidativo da essencialidade do atendimento para a atividade hermenêutica.

Naquele caso, o Defensor Público-Geral do Rio de Janeiro declarou à imprensa:

— As decisões na audiência de custódia não foram individualizadas. Não dava espaço para cada um narrar sua situação pessoal como “eu sou um artista circense”, “eu sou garçom”, e poderem verificar. Esse é justamente o objetivo da audiência de custódia: uma pessoa quando presa ser apresentada na frente de juiz, na presença de um advogado, de um defensor, e poder expor o seu caso concreto. Nada disso aconteceu. As audiências foram coletivas e a decisão é a mesma para todos os casos, o que revela desde o início um grave problema. (...). E o trabalho da Defensoria tem sido justamente demonstrar de cada uma dessas pessoas a sua história, a sua biografia, que elas não têm nenhum envolvimento com o crime e que não há nenhuma prova que possa mantê-las presas — afirmou André Castro (G1, EXRA, 2020).

Dos 159 detidos, apenas 18 foram denunciados. Entre estes, quatro eram assistidos pela Defensoria Pública e foram absolvidos sumariamente logo após a defesa prévia, regada de conteúdo que só foi possível conhecer em razão dos atendimentos orais individualizados (DPRJ, 2020).

4. A oralidade dos atendimentos: o acolhimento e o caráter integral da assistência jurídica

Em todos esses exemplos, o elemento da oralidade, próprio das atividades de atendimento, desponta como aquilo capaz de expressar contingências e sensibilidades que não podem ser extraídas das manifestações escritas do Direito.

É no contato direto e oral entre defensor e assistido que entra no radar da atividade institucional os elementos próprios da tensa comunicação do Direito com outros subsistemas sociais, não passíveis de serem aferidos nos momentos escritos do fenômeno jurídico.

Tratando das distinções entre oralidade e escrita, o teórico da comunicação Marshall McLuhan (2007) demonstra como o advento da imprensa gráfica trouxe um desequilíbrio entre os sentidos, prolongando e hipertrofiando apenas a visão, em alta definição e alta saturação de dados.

A palavra impressa teria fortalecido a especialização e a fragmentação do conhecimento, bem como o pensamento abstrato, linear e homogêneo (MCLUHAN, 2007).

Já na comunicação oral, a palavra falada, envolve todos os sentidos intensamente: tanto gestos, audição quanto visão e olfato estão simultaneamente presentes na comunicação, sem especialização e sem alta definição de quaisquer deles (MCLUHAN, 2007).

Segundo Walter Ong (1998, p. 81), “*a palavra oral, como já observamos, nunca existe num contexto puramente verbal, como ocorre com a palavra escrita. As palavras proferidas são sempre modificações de uma circunstância total, existencial, que sempre envolve o corpo*”.

Conforme exemplifica McLuhan (2007, p. 97), não há muitas maneiras de se escrever a palavra “*noite*”. Porém, o célebre diretor de teatro, o russo Constantin Stanislaviski pedia aos seus atores que pronunciassem oralmente a palavra *noite* em cinquenta formas diferentes, enquanto a sua escuta registrava os diferentes matizes de significados e sentimentos expressos por eles.

O direito, enquanto fenômeno cultural, também não cabe apenas na escrita. Ele é igualmente modulado pela oralidade que os espaços de tratamento dos conflitos carregam (LOPES, 2010), estabelecendo sentidos não só nos trabalhos de interpretação e aplicação da norma escrita, mas também no próprio tratamento dos conflitos e na efetivação de direitos.

A atenção para os elementos orais que compõem o fenômeno jurídico é o que pode propiciar uma compreensão mais completa dos fenômenos de formação da pretensão e da norma jurídica do caso concreto.

A atenção à oralidade na atividade defensorial remete à possibilidade de que os atendimentos institucionais exijam uma postura de verdadeiro acolhimento do assistido, limitando o vício da mecanização acima mencionado.

No âmbito dos atendimentos, a natureza integral da assistência jurídica prestada deve passar por esses mecanismos de acolhimento — atentos às manifestações não escritas do fenômeno jurídico — que extrapolam a mera atividade de recebimento da demanda e o puro encaminhamento técnico da questão. Exige-se uma postura de aproximação dos profissionais com o destinatário do serviço, sendo incomum no universo do direito:

É comum identificar na postura de juízes, promotores de Justiça, defensores públicos e serventuários da Justiça, nítido distanciamento dos jurisdicionados, na maior parte das vezes hipossuficientes. Este proceder prejudica seriamente a obtenção de um sistema de justiça eficiente, que pretende dar uma resposta mais íntegra aos problemas apresentados pelas partes (...). O envolvimento dos profissionais com os protagonistas do litígio é fundamental para que a lide receba a sua real importância, lutando-se por uma solução justa (NAPOLITANO, 2013, p. 692).

Muito embora a atividade jurídica seja repleta de momentos de contato entre profissionais e usuários dos serviços públicos ou privados, a teoria do

direito não trata de técnicas de acolhimento, relegando a matéria para as ciências da administração ou sociais, como se o tema não tivesse conteúdo jurídico.

No entanto, como já abordado neste artigo, esses momentos são constitutivos do fazer jurídico e da própria técnica do direito, a partir das contingências que a eles se impõem.

Quando se fala em acolhimento no âmbito dos atendimentos da defensoria pública, faz-se referência a um modo de operar o processo de trabalho com a prática do cuidado em todos os níveis, valendo-se o profissional de escuta minuciosa e individualizada com o escopo de se definir respostas mais adequadas às demandas das pessoas atendidas (CAVALIERE; SILVA, 2019).

Diante da escassez de abordagem sobre acolhimento na teoria do Direito, busca-se na Política Nacional de Humanização do Sistema Único de Saúde o significado do termo.

Levando-se em conta a semelhança das características dos usuários do serviço do Sistema Único de Saúde e os usuários da Defensoria Pública, bem como a semelhança entre a finalidade e estrutura constitucionais do SUS e as da Defensoria Pública — o primeiro no âmbito do direito de acesso à saúde e a segunda âmbito do direito de acesso à justiça — é possível utilizar as diretrizes do primeiro como parâmetros para análise das atividades da Defensorias Públicas.

Acolhimento, para a política de humanização do SUS, significa reconhecer o que o outro traz como legítima e singular necessidade. É atividade construída *“a partir da análise dos processos de trabalho e tem como objetivo a construção de relações de confiança, compromisso e vínculo entre as equipes/serviços, trabalhadores/equipes e usuários com sua rede socioafetiva”* (BRASIL, 2013).

Segundo o Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização do SUS, a atitude de bem acolher implica estar em relação com algo ou alguém. É uma ação de “estar com” ou “estar perto de”, configurando-se em uma diretriz ética, estética e política do SUS (BRASIL, 2008).

O acolhimento é uma diretriz ética do sistema porque se refere a um compromisso com o reconhecimento do outro em suas diferenças, suas formas de viver, modos de sentir e estar na vida. É também uma diretriz estética, uma vez que importa em construção de estratégias e posturas para os encontros do cotidiano que contribuem para a humanização do atendimento. Por fim, é uma diretriz política por implicar compromissos coletivos e institucionais de envolvimento nessa forma de encontro (BRASIL, 2008).

O acolhimento deve observar os resultados e efeitos do atendimento para os sujeitos de direito, para além dos aspectos da produtividade e formalização técnica

(BRASIL, 2008). No que se refere à assistência jurídica, o objetivo principal deve ser o assistido e suas necessidades e não o problema jurídico estritamente considerado sob a ótica da técnica-formal.

Muitas vezes a solução jurídico-formal não resolve o conflito, suas consequências ou não tratam dos resultados práticos deixados em outros subsistemas sociais e em outras searas da vida.

O acolhimento enquanto ação técnico-assistencial permite que o processo de trabalho seja analisado com foco nas relações profissional/usuário por meio de parâmetros técnicos, humanitários e de solidariedade fundados no reconhecimento do usuário como sujeito e participante ativo nos processos de trabalho (BRASIL, 2008).

Trata-se de uma postura capaz dar respostas mais adequadas aos assistidos da Defensoria Pública através da escuta, resolutividade e da responsabilização:

 Ou seja, requer prestar um atendimento com resolutividade e responsabilização, orientando, quando for o caso o paciente e a família em relação a outros serviços de saúde [jurídicos, no nosso caso] para a continuidade da assistência, e estabelecendo articulações com esses serviços, para garantir a eficácia desses encaminhamentos (BRASIL, 2008).

Bem acolher significa, portanto, uma nova atitude no atendimento jurídico e implica: a) considerar o protagonismo dos sujeitos envolvidos b) a valorização e abertura para o encontro (eminentemente oral) entre defensor e assistido c) horizontalização das linhas de cuidado com a elaboração de planos individualizados de atuação e estratégias coletivas voltadas aos sujeitos d) postura de escuta e compromisso em dar respostas efetivas às demandas trazidas pelo usuário, de modo que inclua seus saberes, suas capacidades de avaliação de riscos e sua cultura (BRASIL, 2008):

 Propiciar espaços de escuta qualificada e diferenciada, de reflexão, de cuidado, de acolhimento emocional, de estabelecimento de vínculo, de expressão de desejos e necessidades a partir da perspectiva das pessoas, de diálogo, de compreensão (intrassubjetiva e intersubjetiva) e de orientação. Entendemos que tais aspectos tem relação direta com a ideia de acesso à justiça em seu sentido mais amplo e com os outros pontos relacionados a propostas para garantia de direitos, levantados pelos diversos autores citados, tais como ideais de emancipação, cidadania, empoderamento, autonomia e reconhecimento (CAVALCANTE, 2016, p. 255).

A partir dessas premissas, a atitude de acolhimento do assistido na Defensoria Pública deve tomar como ponto de partida o sujeito e suas necessidades em sua integralidade, atentando-se para as contingências que exsurgem das relações dispostas sob o amparo de outros subsistemas sociais e culturais, como as relações de familiares, afetivas, comerciais, econômicas, socio-comunitárias, psíquicas, emocionais, sanitárias, entre outras:

Diante dessas contingências, a técnica jurídica invocada pelo Defensor Público deve ser pensada desde o primeiro encontro sob a ótica das consequências para essas relações sociais e culturais. Deve-se pensar as consequências de determinada orientação jurídica, de determinada medida, ou da postura no atendimento para relações normatizadas por outros subsistemas sociais.

O acolhimento também não se confunde com a mera dimensão espacial da recepção em um ambiente confortável ou, ainda, com a mera ação de triagem administrativa, repasse e encaminhamentos para serviços especializados (BRASIL, 2008).

A despeito da importância dessas noções para o bem acolher, o acolhimento não pode a elas se resumir, uma vez que o restringiria a atividades pontuais, não se comprometendo com todo o processo de produção de vínculo entre o sujeito de direitos e o serviço de assistência jurídica.

Para fins de prestação de uma assistência jurídica integral, a postura de acolhimento precisa ir além desse momento inicial, não podendo ser entendido apenas como um momento, mas sim como uma postura ética, que implica compartilhamento de saberes e a responsabilidade de escuta e abrigamento do outro, de suas demandas com responsabilidade (BRASIL, 2008).

Disso se extrai a diferença entre acolhimento e triagem. O acolhimento não consiste somente em uma etapa do processo de atendimento, mas em uma postura, uma ação (BRASIL, 2008), que deve estar presente em todos os momentos da assistência jurídica e do contato com o assistido:

É preciso não restringir o conceito de acolhimento ao problema da recepção da demanda espontânea, tratando-o como próprio a um regime de afetabilidade (aberto a alterações), como algo que qualifica uma relação e é, portanto, passível de ser apreendido e trabalhado em todo e qualquer encontro e não apenas numa condição particular de encontro, que é aquele que se dá na recepção. O acolhimento na porta de entrada só ganha sentido se o entendemos como o ponto inicial e de passagem ao acolhimento nos processos de produção de saúde (BRASIL, 2008, p. 16)

Assim, tanto no momento inicial de apresentação dos serviços da instituição, fornecimento de informações básicas e direcionamento⁹, quanto no momento da efetiva orientação jurídica e multidisciplinar, incide o dever de bem acolher, de atenção à oralidade e à sensibilidade do momento, tratando-se de uma postura cogente derivada dos fins institucionais de prestar uma assistência jurídica de caráter integral, voltada à promoção dos direitos humanos.

A atenção da teoria do direito e da observação científica aos caminhos traçados na oralidade desses momentos de atendimento pode auxiliar na estruturação de mecanismos práticos de aprimoramento do acolhimento da pessoa vulnerável e de limitação dos fatores de mecanização da atividade. Esse tipo de estudo pode, então, conferir sentidos concretos para a natureza integral da assistência jurídica que se pretende prestar nas defensorias públicas.

5. Considerações finais

Quando se fala em funções institucionais da Defensoria Pública normalmente se imaginam debates sobre a extensão das atribuições legais e constitucionais da defensoria pública com a defesa grandiloquente da relevância de cada uma delas sob a leitura constitucional de se tratar uma instituição que é *“instrumento e expressão do regime democrático”*, incumbida da *“promoção dos direitos humanos”* e *“da defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados”* (BRASIL, 1988).

Esses debates, no entanto, não incluem alguns elementos que podem auxiliar na compreensão dos significados do direito humano fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, derivados da contingencialidade própria do cotidiano do exercício da atividade.

Partiu-se da premissa de que os atendimentos constituem atividades fim da Defensoria Pública e não apenas atividade meio para a consecução de outras finalidades, na medida em que a orientação jurídica, a difusão dos direitos humanos e da cidadania e o atendimento interdisciplinar são funções institucionais que tem como viga mestra a atividade de atendimento.

Daí, pretendeu-se indicar — sem qualquer pretensão de exaurimento do tema — que a exploração analítica do dia a dia dos atendimentos dos defensores públicos pode revelar um mundo normativo não escrito (eminentemente oral) que integra a própria noção de assistência jurídica.

⁹ Acolhimento em sentido formal, como na normativa da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais: Resolução Conjunta DPG/CGDP n.º 12/2020.

Um universo prático que existe fora dos autos e dos esquemas abstratos do direito, mas que conduz seus ritos, suas formas, suas decisões, compondo a formação do fenômeno jurídico.

Não se pretendeu no espaço reservado a esse artigo explorar de forma exauriente os contornos desses elementos e contingências e daí desvendar soluções, respostas prontas para uma melhor prestação do serviço de assistência jurídica pela Defensoria Pública, mas apenas levantar a questão sobre a necessidade de se tratar no âmbito do direito da contingencialidade do cotidiano dos atendimentos da defensoria pública, atividade tida como um dos pilares da atuação institucional.

Os exemplos listados de situações do cotidiano na tradução de sensibilidades jurídicas, na adequação típica das situações jurídicas, na tradução dos interesses para a linguagem do Direito e na escolha da medida judicial ou extrajudicial cabível revelam que o estudo de momentos orais do fenômeno jurídico pode abrir espaço para se vislumbrar uma normatividade espontânea derivada da atuação prática da defensoria pública no curso dos atendimentos.

O cotidiano dos defensores públicos é um “*mundo de produção de normas*” Umás totalmente autônomas e outras que partem do direito oficial, mas o transformam, o adaptam ou até mesmo contra ele reagem (HESPANHA, 1998, p. 251).

É, ainda, um “*mundo não coerente de normas*”, uma vez que gera padrões de comportamento autônomos e não transferíveis nem generalizáveis a outros contextos, relações e órgãos, aceitos e adequados apenas em seu contexto específico (HESPANHA, 1998, p. 251).

A oralidade desponta nesse contexto normativo cotidiano como fenômeno essencial de onde se extraem elementos da configuração da pretensão jurídica e da norma do caso.

Assim, a postura de acolhimento em todo o processo, com escuta minuciosa e qualificada, com o compromisso com o sujeito e atenção para os elementos não escritos do atendimento, pode ser instrumento relevante na definição de respostas mais adequadas pela defensoria pública, voltadas aos sujeitos e suas necessidades em sua integralidade, com atenção para as contingências que exsurtem das relações dispostas sob o amparo de outros subsistemas sociais e culturais.

Definir medidas concretas que aprimorem o acolhimento, a escuta e a tradução do conflito para o âmbito do Direito a partir da análise científica do que ocorre no cotidiano de atendimentos das defensorias públicas pode ser um caminho apto a aproximar a instituição do que constitucionalmente se

propôs com a criação de uma instituição incumbida de prestar uma assistência jurídica de caráter integral e gratuito.

6. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei Complementar 80. *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*. Diário Oficial da União. 12 de janeiro de 1994.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Humanização. Humaniza SUS*. 1. ed. 1. reimpr. Brasília, DF, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. *Acolhimento nas práticas de produção de saúde*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. — 2. ed. — Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008.

CAVALCANTE, Paula R. *Contribuições da psicologia no acesso à justiça: (des)construções no campo sociojurídico, desafios e possibilidades de atuação na Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAVALIERE, D.A.S.; SILVA, I.C.M. Acolhimento no atendimento jurídico: humanizando as relações. *Cadernos UniFOA*, 39. ed., abril, 2019.

COSTA, Marina L. P. da. *Live da Subdefensora Pública-Geral de Minas Gerais com o psicólogo Rossandro Klinjey*. Instagram. *Perfil oficial da Defensoria Pública de Minas Gerais*. 19 de maio de 2020, 19h. Disponível em: <<https://www.instagram.com/p/CAVhldvjQP/?igshid=1df9jjsxb04rf>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

DPRJ. *Caso Santa Cruz: DPRJ obtém absolvição para jovens detidos em festa*. Portal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/8698-Caso-Santa-Cruz-DPRJ-obtem-absolvicao-para-jovens-detidos-em-festa>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

FERREIRA, Carolina M. M.; FRANCISQUINI, Diego E. A Defensoria Pública e o atendimento das pessoas e comunidades atingidas por um mar de lama. In: SIMÕES, Lucas Diz *et al.* *Defensoria Pública e a tutela dos coletivamente vulnerabilizados*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

G1. EXTRA. *Defensor público-geral chama ação que prendeu 159 em Santa Cruz de grande erro*. Portal. Extra. Globo.com. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/defensor-publico-geral-chama-acao-que-prendeu-159-em-santa-cruz-de-grande-erro-22618233.html>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

GAAKEER, Jeanne. A configuração da justiça. Trad.: Mariana Demas Álvares Cabral. *Revista Amagis Jurídica*, Belo Horizonte, ano VIII, v. I, n. 14, jan./jun., 2016.

GALANTER, Marc. A Justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. In: HESPANHA, Antônio Manuel. *Justiça e litigiosidade; história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 80.

GARTH, Bryan; CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

GOULART, Julia Castello. *Vidas que não se apagam; memórias de Brumadinho*. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

HESPANHA, Antônio Manuel. *História das instituições; época medieval e moderna* Coimbra: Almedina, 1982.

HESPANHA, Antônio Manuel. *O caleidoscópio do direito; o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

LATOURE, Bruno. *A fabricação do direito; um estudo de etnologia jurídica*. Trad.: Rachel Meneguello. São Paulo: Unesp, 2019.

LOPES, Mônica S. A formação do juiz para a oralidade: relato, memória e pedagogia do Direito não escrito. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra et al. (org.). *Efetividade do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LOPES, Mônica S. Precisamos falar sobre a sanção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 205, jan./mar., 2015.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. Understanding Media. Trad.: Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 2007.

MONTERO, Paula. Saberes missionários: Da autoria à tradução. *Revista de Antropologia*, USP São Paulo, v. 65, n. 2, 2012.

NAPOLITANO, Bruno D. *Mediação de conflitos e acesso à justiça*. In: RÉ, A. I. M. R (org.). *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 689–713.

ONG, Walter J. *Oralidade e cultura escrita*. Trad.: Enid Abreu Dobránsky. São Paulo: Papirus, 1998.

RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. T.1. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SANTANA, Eder F.; LOPES, Mônica S. A Constituição de 1988, o processo judicial e os atos ordinatórios: a vida é um pouco mais. *LTR. Suplemento Trabalhista*, São Paulo, v. 55, 2019, p. 273–280.

VALE, Paula de D. M. do. A aplicação do instituto da Morte Presumida na tragédia de Brumadinho frente à busca da garantia do Direito à Dignidade do Sepultamento. *Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, nov. 2020, p. 153–167.

A **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais** é um veículo de divulgação do conhecimento científico jurídico, de responsabilidade da Defensoria Pública-Geral, voltado para disseminar pesquisas relacionadas com os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública.

Sua missão consiste em fomentar e divulgar a produção em Direito no Brasil, contribuindo para a construção de uma esfera acadêmica de excelência, plural e democrática.

O foco temático da publicação é marcado pela análise crítica de questões de repercussão no meio social, político, econômico e jurídico e pela exposição de diferentes pontos de vista sobre temas que possam contribuir para atenuar a vulnerabilidade de grupos sociais.

A **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais** é uma publicação semestral, agora veiculada somente em versão eletrônica (PDF) por meio do site da Instituição:

www.defensoria.mg.def.br/defensoria-publica-geral/revista-dpmsg/

Este livro foi editado eletronicamente, em fontes Vera Humana 95 Regular e Bold, no título principal, cabeçalho e rodapé de numeração das páginas; e Crimson Text e suas variações Italic e Bold nos textos.

Produção gráfica: Museale – Serviços Gráficos e Culturais
na revisão, diagramação e editoração eletrônica.



Instagram: @defensoriamineira | **Facebook:** @defensoriamineira | **YouTube:** c/defensoriamineira | **Twitter:** @defensoriamg



www.defensoria.mg.def.br

