

Ano 13 | v.2 | n. 30  
Janeiro/Junho 2022

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

**CECADEP**

CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO  
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL



**REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

ANO 13 | v.2 | n. 30 | 2022

**Porto Alegre/RS**

**2022**

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**Organização**

Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública  
do Estado do Rio Grande do Sul – CECADep

**Arte da Capa**

Thiago Silveira de Oliveira – ASCOM DPE/RS

**Diagramação**

CECADep/RS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 13, v. 2, n. 30 – Porto Alegre: DPE, 2022.

Semestral.

Modo de acesso: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito. I. Rio Grande do Sul (Estado). II. Defensoria Pública.

CDD 340.05  
CDU 34(05)

**DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO**

Antonio Flávio de Oliveira

**CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Cristiano Vieira Heerdt

**SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS**

Rafaela Consalter

**SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS**

Alexandre Brandão Rodrigues

**SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS  
ADMINISTRATIVOS**

Melissa Torres Silveira

**CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO  
DA DEFENSORIA PÚBLICA – CECADEP**

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan

**COMISSÃO EDITORIAL**

**COORDENADORA DA REVISTA**

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan

**COORDENADORA DA EDIÇÃO**

Samara Wilhelm Heerdt

**EDITORES-CHEFES**

Andrey Régis de Melo

Lizana Dallazen

**ASSISTENTES EDITORIAIS**

Andréia Alves Rocha

William Pereira Rosa



## CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO DA REVISTA

### Membros internacionais

Helena Moura Fietz  
Roberta Silveira Pamplona

### Membros Nacionais

Alberto Milnickel Ruttke  
Alexandre Brandão Rodrigues  
Alisson de Lara Romani  
Ana Maria Marchesan  
André Perin Schmidt Neto  
Angelita Maria Maders  
Augusto Jobim do Amaral  
Christiane Russomano Freire  
Clara Moura Masiero  
Daniel Kessler de Oliveira  
Denise Luz  
Eduardo Medeiros Cavalcanti  
Fabiano Aita  
Fábio Vieira Heerdt  
Francis Moraes de Almeida  
Giovana Buonicore  
João Batista Oliveira de Moura

João Fernando de Moraes Trois  
Jorge Luís Terra da Silva  
Juliano Viali dos Santos  
Leonardo Sagrillo Santiago  
Luciano de Faria Brasil  
Mônica Medeiros Kother Macedo  
Paulo César Carbonari  
Renata Costa Farias Simeão  
Rivana Barreto Ricarte de Oliveira  
Rodrigo dos Santos Ribeiro  
Sandra Beatriz Morais da Silveira  
Simone Schroeder  
Tássia Aparecida Gervasoni  
Vanessa Cerezer de Medeiros  
Vanessa Chiari Gonçalves  
Veyzon Campos Muniz

### PARECERISTAS AD HOC DA EDIÇÃO

Adriano da Silva Ribeiro  
Alexsandra Ramos Fantinel  
Ana Carolina Mezzalira  
Carlos Eduardo Ferreira dos Santos  
Caroline Ceni  
Eduardo Baldissera Carvalho Salles  
Ivan Barbiero Filho  
Marina Nogueira de Almeida  
Susanna Schawantes  
Vinícius Laner

**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Rua Sete de Setembro, 666 –Centro Histórico  
CEP 90010-100 –Porto Alegre/RS. Tel: (51) 3211-2233  
<http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>



## SUMÁRIO

### **Editorial**

Samara Wilhelm Heerd Lizana Dallazen .....	11
---	----

### **AUTORES DA EDIÇÃO**

#### **Reflexão teórica acerca do espaço do corpo deficiente no direito**

Thaiane Correa Cristovam Viviane de Freitas Pereira .....	14
--	----

#### **Agravo de instrumento: análise crítica da natureza jurídica de suas hipóteses de cabimento**

Isabelle Queiroz de Lima .....	34
--------------------------------	----

#### **A banalidade do mal no encarceramento feminino brasileiro: uma análise da violência institucional sob a ótica de Hannah Arendt**

Carolina Alves Ferri Cezar Augusto Giacobbo de Lima Larissa Urruth Pereira .....	53
--	----

#### **As relações de trabalho e a evolução da economia: tendências para o futuro dos contratos de trabalho**

Victor Herzer da Silva .....	70
------------------------------	----

#### **Liberdade monitorada: uma alternativa à criminalidade para presos do regime semiaberto?**

Matheus Severo Donadel Raphael Urbanetto Peres .....	85
---	----

#### **Os povos indígenas no Brasil: a violência do estado e as formas de resistência**

Karine Montanari Migliavacca .....	105
------------------------------------	-----

#### **Litígios estruturais e o direito à educação no Brasil: creches, o modelo de ações coletivas e a execução estrutural**

Felipe Cidral Sestrem .....	123
-----------------------------	-----

#### **O princípio da dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da execução da pena privativa de liberdade**

Gabriel Cardoso Cândido .....	144
-------------------------------	-----

#### **Opiniões consultivas de 2021: Corte Interamericana de Direitos Humanos, geopolítica da região e o papel da defensoria pública**

Carolina Hennig Gomes Jamila Santos Reis D'Almeida José Luiz Ribas Maria Carolina Ribeiro .....	165
--	-----





## EDITORIAL Nº 30: DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) visitou o Brasil para fins de elaborar um diagnóstico sobre a situação dos direitos humanos no país. O período de avaliação, que durou dos dias 05 a 12 de novembro de 2018, resultou em um extenso relatório apresentado em fevereiro de 2021. Segundo as conclusões do documento, o Brasil enfrenta desafios estruturais para superar aspectos relacionados à discriminação histórica com pessoas afrodescendentes, quilombolas, mulheres, povos indígenas, trabalhadores rurais, moradores de rua e moradores de favelas ou periferias.

A partir disso, destaca-se a importância da atuação da Defensoria Pública, instituição que possui como missão a promoção e a defesa dos direitos humanos, bem como a necessidade de seu fortalecimento dentro do sistema de justiça, como forma de redução das desigualdades a partir do acesso integral e gratuito à justiça das pessoas mais vulneráveis.

Nesse contexto, a equipe editorial da Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul está muito feliz com a edição de número 30, que alberga vários artigos de grande pertinência para o direito e que apontam, direta ou indiretamente, para temas relacionados aos direitos humanos. Dentre os nove artigos aprovados, seis deles apresentam reflexões que tangenciam ou mergulham nessa linha, a fim de contribuir para o avanço da conquista e do respeito dos direitos das pessoas mais vulneráveis, como forma de atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Pensar contextualmente e de forma crítica as conclusões da Corte Interamericana de Direitos Humanos visando a apresentar a atuação da Corte dentro da geopolítica da região é a proposta de um dos artigos que diretamente se ocupa do documento de 2021. Outro artigo, por sua vez, aborda a violência do Estado brasileiro em face dos povos indígenas como dinâmica e prática política, demonstrando que estas culminam na destruição dos povos indígenas e desembocam em uma forma de determinar as vidas que merecem ser vividas e as vidas que “não merecem”. Já a belíssima abordagem do tema da banalidade do mal no encarceramento feminino brasileiro é trazida pelos autores sob a ótica de Hannah Arendt, filósofa que estudou a fundo a violência e a redução do conceito do mal. Ainda, no campo da execução da

pena, encontramos um manuscrito que defende o respeito à dignidade da pessoa humana no curso do processo de execução da pena de privação de liberdade, destacando a degradação do sistema carcerário brasileiro. Há também artigos sobre deficiência, direito à educação, creches através de um modelo de execuções estruturais como contraponto ao modelo de ações coletivas.

Outros temas do direito também estão bem representados em artigos que trabalham a discussão acerca da natureza jurídica das restritas hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento; a atual problemática das relações de trabalho a partir das mutações nos modelos organizacionais de empresas e as consequentes modificações que implicam nos respectivos contratos laborais; bem como um manuscrito que defende a tese de que o monitoramento eletrônico é uma ferramenta que, quando trabalhada em conjunto com outras, promoverá de forma mais satisfatória a reinserção do apenado na sociedade.

Além disso, esta edição marca o término de um período de dois anos da gestão 2020/2022, sob a coordenação do Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – CECADep. Neste período, toda a equipe do CECADep e a equipe editorial da Revista trabalhou arduamente para a reformulação da coluna dorsal do periódico. Fazendo-se uma retrospectiva, podemos afirmar muito satisfatoriamente que chegamos a lugares que não imaginávamos neste curto espaço de tempo. Foram tempos de muito aprendizado sobre cientificidade, critérios indexadores e dinâmica de funcionamento interno da construção de cada edição. Entregamos, enfim, a edição número 30 com a certeza de que contribuimos de forma enriquecedora para os fóruns de debates científicos e para o aparelhamento técnico dos profissionais que atuam nessas frentes.

Nem sempre foi fácil, aliás, não o é até hoje. Esta edição especificamente foi muito, muito trabalhosa e não seria possível sem a gentil colaboração de um grande número de pareceristas que asseguraram o rigor científico e a qualidade do nosso periódico. Assim, agradecemos a cada um(a) que doou seu tempo, seus conhecimentos e dedicadamente nos brindou com pareceres muito bem fundamentados, o que nos permitiu decidir consistentemente e com segurança sobre a publicação de cada manuscrito. Nem todos sabem, mas fazer uma edição de revista, com cerca de 9 ou 10 artigos aprovados, envolve o trabalho de, no mínimo, cinquenta

peçoas, sem contar os(as) autores(as). Ao publicarmos cada nova edição com um elenco de artigos como esses que apresentamos hoje, resta a gratidão pelas contribuições e a satisfação de que fizemos o melhor que pudemos sempre.

Um afetuoso abraço a todos(as) e boa leitura.

Samara Wilhelm Heerdt – Coordenadora do CECADep 2020-2022

Lizana Dallazen – Editora-chefe.

**REFLEXÃO TEÓRICA ACERCA DO ESPAÇO DO CORPO DEFICIENTE NO DIREITO**

THEORETICAL REFLEXION ABOUT THE DISABLED BODY'S SPACE IN THE LAW

REFLEXIÓN TEÓRICA ACERCA DEL ESPACIO DEL CUERPO DEFICIENTE EN EL DERECHO

**Thaiane Correa Cristovam<sup>1</sup>****Jéferson Alves<sup>2</sup>****RESUMO**

Nesse trabalho pretendemos oferecer uma reflexão teórica sobre Pessoas com Deficiência que não a performam socialmente, porém a quem o direito outorga juridicamente esse status e os respectivos direitos fundamentais que o acompanham. Queremos, assim, pensar justamente sobre a relação entre esses dois objetos: o direito e a performance da (não) deficiência dentro dessa interconexão paradoxal. Tentaremos compreender como opera esse trânsito não deficiência-direito-deficiência por meio da análise das falas de duas interlocutoras que entrevistamos: Ártemis e Nêmesis. Ambas são pessoas que, por um lado, não se reconhecem como PCD, e, por outro, se utilizaram de instrumentos jurídicos que lhes possibilitaram navegar na fronteira deficiência-não deficiência para o exercício de direitos fundamentais. Iniciaremos com duas breves reflexões teóricas que marcam a perspectiva adotada como referência: a teoria *crip* e da consciência jurídica. Em uma segunda parte do texto, utilizaremos essas chaves e perspectivas teóricas para compreender a complexa metamorfose que é a narração da (não) deficiência e do papel, em alguma medida, fundamental exercido pelo direito e pelas instituições jurídicas nesse processo de subjetivação.

**Palavras-chave:** deficiência; teoria *crip*; consciência jurídica; corponormatividade; performatividade.

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Por que uma sociologia histórico-constitucional para a América Latina?". Bolsista CAPES. Advogada voluntária do G8-Generalizando: direitos sexuais e de gênero. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5198-3340>. Email: [thaicristovam@hotmail.com](mailto:thaicristovam@hotmail.com).

<sup>2</sup> Doutorando e mestre em Antropologia Social na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Antropologia do Corpo e da Saúde (NUPACS/UFRGS). Bolsista CAPES. Escritor. Orcid:<https://orcid.org/0000-0002-6286-1696>. Email: [alves.jef@hotmail.com](mailto:alves.jef@hotmail.com).

## ABSTRACT

In this paper we intend to offer a theoretical reflection on Disabled People who do not perform it socially, but to whom the law grants this status and the respective fundamental rights that accompany it. Thus, we want to think precisely about the relationship between these two objects: the law and the performance of (non) disability within this paradoxical interconnection. We will try to understand how this non-disability-law-disability transit operates through the analysis of the speeches of two interlocutors we interviewed: Ártemis and Nêmesis. Both are people who, on the one hand, do not recognize themselves as disabled, and, on the other, they used legal instruments that enabled them to navigate the disability-non-disability border to exercise their fundamental rights. We will start with two brief theoretical reflections that mark the perspective adopted as a reference: crip theory and the legal consciousness. In the second part of the text, we will use these keys and theoretical perspectives to understand the complex metamorphosis that lies in the narration of (non) disability and the fundamental role, to some extent, played by law and legal institutions in this process of subjectivation.

**Keywords:** disability; crip theory; legal consciousness; body normativity; performativity.

## RESUMEN

En este trabajo pretendemos ofrecer una reflexión teórica sobre las Personas con Discapacidad que no la realizan socialmente, pero a quienes la ley otorga legalmente esta condición y los respectivos derechos fundamentales que la acompañan. Así, queremos pensar precisamente en la relación entre estos dos objetos: la ley y el desempeño de la (no) discapacidad dentro de esta interconexión paradójica. Intentaremos comprender cómo opera este tránsito de no discapacidad-derecho-discapacidad a través del análisis de los discursos de dos interlocutoras entrevistadas: Artemis y Nêmesis. Ambas son personas que, por un lado, no se reconocen como PCD y, por otro, utilizaron instrumentos legales que les permitieron transitar la frontera no discapacidad-discapacidad para ejercer derechos fundamentales. Comenzaremos con dos breves reflexiones teóricas que marcan la perspectiva adoptada como referencia: la teoría crip y la conciencia jurídica. En una segunda parte del texto, utilizaremos estas claves y perspectivas teóricas para comprender la compleja metamorfosis que es la narración de la (no) discapacidad y el papel, en cierta medida, fundamental que juega el derecho y las instituciones jurídicas en este proceso de subjetivación.

**Palabras-clave:** discapacidad; teoría crip; conciencia jurídica; corponormatividad; performatividad.

Data de submissão: 06/10/2021

Data de aceite: 29/03/2022

## 1 INTRODUÇÃO

O exercício dos direitos fundamentais por quaisquer categorias de pessoas que não o já debatido sujeito não marcado - os homens, cisgênero<sup>3</sup>, brancos, heterossexuais, corponormatizados - cria uma relação ambígua no processo de construção da identidade e do efetivo gozo de tais direitos.

O sujeito dito “não marcado” é aquele em que os marcadores sociais da diferença não se apresentam, ou seja, é o sujeito tido como “universal” por um sistema excludente. Entendemos marcador social da diferença como “uma forma de distinção, um modo de classificar, de agrupar, de entender, de incluir ou excluir”, sendo a deficiência um marcador que é “atravessado pela classe, pelo gênero, pela sexualidade, pela etnia, pela geração, mas ele mesmo passa a figurar como um marcador junto com esses outros marcadores”. (DAMICO, 2006, p. 115).

Que a Constituição Federal não se materializa na vida das pessoas que habitam as fronteiras da normatividade e que são parte dos marcadores sociais da diferença sem o acionamento do sistema jurídico - e que muitas vezes essa não concretização é avalizada e/ou instituída por ele - é uma realidade (CRISTOVAM, 2017).

Nesse contexto, a relação que se estabelece entre a compreensão autônoma da pessoa enquanto sujeita de direitos e a efetiva materialização desse processo configura um paradoxo. Quando pensamos para fora da norma branca, masculina, cisgênera, heterossexual e não corponormativa podemos vislumbrar essa via de mão dupla: ao mesmo tempo que sujeitas que são o exterior constitutivo dessa norma se concebem e se reivindicam enquanto sujeitas de direitos, via de regra, se faz necessário recorrer às instituições jurídicas para que assim sejam reconhecidas.

Podemos pensar, como exemplo deste paradoxo de que falamos, na decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em 5 de abril de 2022 nos autos do Recurso Especial nº 1.977.124/SP, por meio da qual se reconheceu a aplicabilidade da Lei

<sup>3</sup> Ciscênero é o termo utilizado para designar aquelas pessoas que têm o gênero “igual” ao sexo de nascimento. Um homem hétero, por exemplo, é considerado um homem hétero cisgênero se performar as “definições” do que seja o esperado de um “homem de nascimento”, ou seja, um corpo que nasceu com pênis, o que já denuncia que há, pela normatividade, algo que seja “esperado desde o nascimento” (e até antes) de cada corpo.

Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) às mulheres transexuais. Veja-se, neste sentido, que a despeito de a Lei Maria da Penha estar em vigor no ordenamento jurídico brasileiro há mais de 15 anos, foi necessário todo um acionamento do sistema jurídico para que as mulheres transexuais tivessem direitos mínimos assegurados: proteção à sua integridade física e psicológica em face da violência de gênero.

Percebemos, então, que a ainda que as mulheres transexuais vejam-se e compreendam-se plenamente enquanto mulheres (e que sejam o exterior constitutivo da norma: mulheres cis), foi necessário que uma dessas sujeitas recorresse ao Poder Judiciário para, finalmente, ser reconhecida como tal e, por conseguinte, ser compreendida como sujeita digna de proteção pela Lei Maria da Penha.

No campo direito, a esse fenômeno, damos o nome de judicialização, o qual compreendemos como o fenômeno contemporâneo de expansão global do Poder Judiciário, conforme conceituado por Torbjorn Vallinder:

Por conseguinte, a judicialização de política deve normalmente significar: (1) a expansão da competência das cortes ou dos juízes às custas dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência dos direitos do processo decisório [*decision-making*] da legislatura, do gabinete, ou do serviço civil para as cortes ou, ao menos (2) a propagação do método do processo decisório [*decision-making*] judicial fora da adequada competência judicial. Em resumo pode-se dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em uma forma de processo judicial (VALLINDER, 1995, p. 13)<sup>4</sup>.

Daí que quando pensamos em Pessoas com Deficiência (PCDs) e na deficiência enquanto identidade (GAVÉRIO, 2015), ainda que a pessoa se vislumbre como tal, o exercício de seus direitos requer, paradoxalmente, um aval estatal, mediante a expedição de uma carteirinha, de uma certidão, de uma decisão judicial para que ela, de fato, usufrua de direitos que sua identidade de PCD, de antemão (e em tese), deveria lhe conceder.

<sup>4</sup> Tradução livre do original: “Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts of the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process”

Mas e quando a situação é, justamente, a contrária? É dizer, quando a pessoa não se reconhece enquanto PCD, porém juridicamente, lhe é outorgado esse status? Como opera esse trânsito? Queremos, assim, refletir justamente sobre a relação entre esses dois objetos: o direito e a performance da (não) deficiência dentro dessa interconexão paradoxal.

A partir dessas reflexões teóricas é que pretendemos analisar as falas das duas sujeitas entrevistadas. São elas pessoas que, por um lado, não se reconhecem como Pessoas com Deficiência, e, por outro, se utilizaram de instrumentos jurídicos que lhes possibilitaram navegar na fronteira deficiência-não deficiência para o exercício de direitos fundamentais. É nesse contexto que pretendemos refletir sobre como opera esse trânsito entre não deficiência-direito-deficiência.

Iniciaremos, assim, com duas breves reflexões teóricas que marcam a perspectiva adotada como referência: a teoria *crip* e da consciência jurídica. Em uma segunda parte do texto, utilizaremos essas chaves e perspectivas teóricas para compreender a complexa metamorfose que é a narração da (não) deficiência e do papel, em alguma medida, fundamental exercido pelo direito e pelas instituições jurídicas nesse processo de subjetivação.

## 2 NA FRONTEIRA DA CORPONORMATIVIDADE: PENSANDO A PARTIR DA TEORIA CRIP

Pretendemos trabalhar, a partir da *Crip Theory* (doravante teoria *crip*) e da consciência jurídica, na reflexão sobre/no trânsito que opera o processo de subjetivação de sujeitas que, em que pese sejam juridicamente PCDs, não se reconhecem enquanto tal.

Além disso, na aproximação com a teoria *crip* e o conceito de performance, pensamos a partir de McRuer (2006) para refletir como se pode perceber a composição do que seja PCD e seu reconhecimento - de si e dos outros - em termos de atos e ações das pessoas:

Eu apresento aqui uma teoria do que chamo de "able-bodiedness compulsória" e argumento que o sistema de able-bodiedness, que em um sendo produz a incapacidade, é minuciosamente conectado com um sistema de heterossexualidade compulsória que produz a queerness: que, de fato, a

heterossexualidade compulsória é contingente em relação a *able-bodiedness* compulsória, e vice-versa (MCRUER, 2006, p. 2).<sup>5</sup>

Esse processo de subjetivação é, em alguma medida, possibilitado pela “normalidade/corponormatividade”. A corponormatividade aqui é compreendida a partir das perspectivas de McRuer (2006)<sup>6</sup>, ou seja, o corponormativo é parte de uma estrutura discursiva que dita os “padrões” corporais aceitos e, por isso mesmo, pode ou não incorporar ao sistema normativo (das normas corporais hegemônicas) as especificidades dos corpos deficientes. Além disso, as maneiras pelas quais se dão essas incorporações também são complexas e diversas<sup>7</sup>. Os discursos se apresentam e se materializam nos e pelos corpos dessas pessoas, de forma que estes ao mesmo tempo em que “incluem” a diferença, a reiteram como fronteira.

Por conseguinte, essa dualidade por um lado, abala as estruturas da normatividade, e, por outro, é um ato de demarcação do espaço normal/deficiente. Nesse sentido:

Essa crise, fruto da segregação mais contundente até os anos 1950 entre ‘normais x anormais’ - anos da emergência crítica e da liberação negra, gay/lésbica, feminina, deficiente - emergiu ao longo da segunda metade do século XX em um clima global de ‘flexibilidade’ que fez com que as diferenças visibilizadas por esses movimentos se arrefecessem no ‘convívio respeitoso com a diversidade’. Tal convívio garantiu a visibilidade do sujeito ocidental como flexível em sua normalidade, capaz de absorver a crítica, lidar e até conviver com os anormais. (GAVÉRIO, 2015, p. 113).

A chave de debate apresentada é trazida por McRuer (2006) a partir de dois pontos: o primeiro, de que a “tentativa à normalidade” é um movimento neoliberal/capitalista que produz a corponormatividade, isto é, as crises na normalidade são incorporadas pelo próprio sistema, como forma de (re)criar a si próprio, englobando os discursos contrários; e o segundo, é que nesse processo o

<sup>5</sup> Tradução livre. No original: "I put forward here a theory of what I call “compulsory able-bodiedness” and argue that the system of compulsory able-bodiedness, which in a sense produces disability, is thoroughly interwoven with the system of compulsory heterosexuality that produces queerness: that, in fact, compulsory heterosexuality is contingent on compulsory able-bodiedness, and vice versa".

<sup>6</sup> Para uma discussão mais adensada dessa questão, procurar a introdução do texto do autor, *Crip Theory*, referenciado neste artigo.

<sup>7</sup> Essa discussão é também apresentada, a partir de exemplos fílmicos, por McRuer (2006) em *Crip Theory*.

corpo do outro se torna, sempre, diverso do “normal”, servindo de “margem à normalidade” reiterada.

Nessa constituição, corpos deficientes são marcados e definidos, em contraponto aos não definidos corpos “normais”. A PCD, assim, estará em um ambiente onde a definição de si, sua identidade, não passará apenas por si mesma. Deficiência, portanto, não é uma definição dada a um corpo, isto é, não está localizada na materialidade deste.

É, antes, uma relação com o ambiente, com o espaço social e cultural que transformará um determinado corpo em um corpo marcado, num constante trânsito entre “ser e não ser das PCD” (ALVES, 2020) que é ocorre justamente porque a deficiência é uma definição cultural e não uma identificação cristalizada na materialidade do corpo.

Portanto, o contexto e a interação social definirão se aquela é uma identidade válida. Tomamos o conceito de *mestiza*, de Glória Alzaldúa, para refletir acerca desse espaço de fronteiras, onde ora se é, ora não:

A ambivalência proveniente do choque de vozes resulta em estados mentais e emocionais de perplexidade. A contenda interior resulta em insegurança e indecisão. A personalidade dupla ou múltipla da *mestiza* é assolada por uma inquietude psíquica. (ANZALDÚA, 2005, p. 705).

Essa inquietude é parte constituinte dos modos de subjetivação das PCD. Nessa indefinição de si, do não saber se se assume PCD, quando se pode identificar enquanto tal, quais os ambientes em que a deficiência é performada, é o momento que se pode identificar um “espaço jurídico” da deficiência. As interlocutoras desta pesquisa trazem essa dúvida: não se identificam enquanto PCD até o momento em que surge um espaço onde sua identidade não será alterada e, no entanto, seu corpo será compreendido enquanto deficiente para fins de acesso a direitos.

Como um aporte potente para reflexão, o corpo deficiente se apresenta assim como um corpo a ser marcado, mas também um corpo estratégico e criativo. Extrapolando os “problemas da capacidade”, como ressalta Gavério, podemos seguir uma reflexão que nos permitirá ir além do corpo enquanto um sujeito, enquanto individualizado:

Dessa maneira, a ansiedade que o corpo de Taylor e suas interações no espaço materializam, demonstram não só as 'fragilidades' e 'incoerências' de seu corpo deficiente (por não poder utilizar as mãos para segurar um copo), mas a própria fragilidade e incoerências das normas corporais e estéticas ao serem minimamente ameaçadas, desestabilizando o binarismo capaz/deficiente (*abled/disabled*). (GAVÉRIO, 2015, p. 114).

As normas corporais, portanto, não dão conta de universalizar os corpos. E é nessa fronteira que pessoas acessam direitos mesmo sem se identificarem, no cotidiano, como PCD.

### 3 CONSCIÊNCIA JURÍDICA: CONTANDO HISTÓRIAS A PARTIR DO DIREITO

O conceito analítico de consciência jurídica (*legal consciousness*) pertence ao campo dos estudos sociojurídicos que buscam compreender, por meio da pesquisa empírica, as narrativas sobre o direito construídas a partir da vida cotidiana das pessoas comuns (DAVIES, 2013). Para Patricia Ewick e Susan Silbey (1992, p. 734), o termo é utilizado para denotar as formas pelas quais as pessoas fazem sentido do direito e das instituições jurídicas; é dizer, para compreender não o direito e a sociedade como fenômenos separados, mas sim o direito *na* sociedade, a forma como se dá essa relação, e de que maneira o primeiro interfere e dá significado às experiências e compreensões da população ordinária e como estas, por sua vez, moldam o que é o direito. Isto é, o termo consciência jurídica é empregado para “nomear a participação no processo de construção da legalidade” (EWICK; SILBEY, 1998, p. 45).<sup>8</sup>

A ferramenta teórico-metodológica da consciência jurídica, neste sentido, permite uma abordagem para além da dogmática teórica (re)produzida dentro da academia jurídica. Por meio de seu estudo, por conseguinte, pretendemos compreender o direito para além da norma escrita: como determinada norma positivada molda e é moldada pelas experiências cotidianas e pelos corpos que por ela transitam? De que maneira ela é materializada?

<sup>8</sup> Tradução livre. No original: “[...] to name participation in the process of constructing legality”.

É um empreendimento que inexoravelmente acarreta o abandono da percepção de que o direito é somente aquilo que é produzido pela estrutura institucional do Estado. Nesta senda, assim como para Susan Silbey (2018, p. 698):

Desta perspectiva, o direito não é meramente um instrumento ou ferramenta trabalhando nas relações sociais, mas é também um conjunto de categorias conceituais e esquemas que auxiliam a construir, comunicar a interpretar as relações sociais mesmo onde o direito parece estar distante ou formalmente ausente. Importante, e talvez fundamental, é que o giro para a vida cotidiana e os significados culturais das ações sociais demandaram uma disposição de substituir as categorias nativas de atores como sujeitos de estudo, ou seja, as regras do estado, as instituições formais do direito, as atividades que operam dentro das configurações legais oficiais pelo conceito analítico de consciência jurídica: é dizer, como a legalidade [*legality*] é uma estrutura contínua de ação social (SILBEY, 2018, p. 698).<sup>9</sup>

Partindo disso, Patricia Ewick e Susan Silbey (1998) nos brindam com três categorias análíticas para mapeamento das formas de expressão da consciência jurídica: (i) perante o direito (*before the law*); com o direito (*with the law*); e contra o direito (*against the law*). Estes esquemas abrem as portas para o universo de significados que o direito pode possuir na vida de uma pessoa comum e as implicações que estas percepções podem acarretar em termos de configuração das instituições jurídicas. As autoras extraem, desses conceitos, três diferentes arquétipos: (i) o direito como burocracia (*before the law*); (ii) o direito como um jogo (*with the law*); ou ainda (iii) resistência ao direito (*against the law*).

Faz sentido, nesse esquema, analisar as narrativas (histórias) de nossas interlocutoras a partir do referencial da consciência jurídica na intersecção com a teoria *crip*, nos moldes que propomos, na medida em que:

[...] para descobrir a presença e as consequências do direito nas relações sociais, devemos compreender como a legalidade é experienciada e compreendida por pessoas ordinárias enquanto elas interagem, evitam, ou

<sup>9</sup> Tradução livre. No original: “From this perspective, law is not merely an instrument or tool working on social relations, but is also a set of conceptual categories and schema that help construct, communicate, and interpret social relations even where law might seem distant or formally absent. Importantly, and perhaps most fundamentally, the turn to everyday life and the cultural meanings of social action demanded a willingness to shift from the native categories of actors as the object of study, e.g., the rules of the state, the formal institutions of law, the activities within official legal settings to the analytic concept legal consciousness: that is, how legality is an ongoing structure of social action”.

resistem ao direito e aos significados jurídicos (EWICK; SILBEY, 1998, p. 35).<sup>10</sup>

Cabe destacar, ademais, que a consciência jurídica é plural, específica de cada contexto, multifacetada e, muitas vezes, contraditória (EWICK; SILBEY, 1992, p. 742).

Como veremos em seguida, para a análise das narrativas de nossas interlocutoras nos interessa especialmente a segunda categoria da consciência jurídica: com o direito; e o seu respectivo arquétipo: o direito como um jogo. Isso porque, nesse arquétipo, as pessoas "aceitam" a legalidade somente em situações determinadas e com objetivos específicos (EWICK; SILBEY, 1998).

Na categoria com o direito e no arquétipo o direito como um jogo percebemos, a partir das quatro dimensões sobre as quais a pessoa pode observar/viver o direito em relação a sua vida cotidiana (normatividade, limitação, capacidade e tempo/espaço), as seguintes características: (i) normatividade: parcialidade legítima e autointeresse; (ii) limites: contingência, fechamento; (iii) capacidade: recursos individuais, experiências, habilidades; e (iv) tempo espaço: concomitante com a vida cotidiana. (EWICK; SILBEY, 1998, p. 224).

Isso quer dizer que a sujeita que transita pela consciência jurídica a partir da lógica da categoria com o direito o percebe o vê como um instrumento a serviço de seus interesses e com o qual o saber utilizá-lo depende, basicamente, de seus próprios recursos pessoais (financeiros, emocionais, conhecimentos, habilidades). É por isso que o direito é vivido de forma concomitante com a vida cotidiana e é visto como um jogo.

Para nossas interlocutoras, o direito e a deficiência interagem precisamente dessa forma: são amparos para o usufruto de direitos fundamentais em situações bastante limitadas e particulares.

<sup>10</sup> Tradução livre. No original: "In order to discover the presence and consequences of law in social relations, we must understand how legality is experienced and understood by ordinary people as they engage, avoid, or resist the law and legal meanings".

#### 4 NARRANDO A (NÃO) DEFICIÊNCIA

Propomos fazer essa reflexão teórica a partir de entrevistas com duas sujeitas, que concordaram em ser nossas interlocutoras, que aqui chamamos de Ártemis e de Nêmesis. Colocamos, de início, como foi exposto em nossa introdução que aqui nossa intenção é justamente pensar em como opera o trânsito da não deficiência direito-deficiência. Isto é, nos casos em que a sujeita não se reconhece enquanto PCD, mas juridicamente lhe é outorgado esse status. Quando o direito opera como essa ponte que leva da não deficiência para a deficiência.

Ártemis e Nêmesis, portanto, são pessoas que “passam”, ou seja, que não performam socialmente a deficiência, porém, para os fins de direito, elas são reconhecidas como PCD. Ártemis possui pé torto congênito, e Nêmesis visão monocular (ou cegueira em um dos olhos).

Ambas, entretanto, ficam incomodadas de maneiras diferentes por ocupar o espaço da PCD. Em Ártemis, observamos um incômodo por ocupar o espaço social enquanto PCD, ao passo que o espaço jurídico foi ocupado mais tranquilamente e sem receios, uma vez que ela emprega esse *locus* da PCD para ocupar uma vaga de trabalho junto a uma Instituição de Ensino Superior. Em Nêmesis, por outro lado, o desconforto provém, justamente, da ocupação do espaço jurídico da PCD, e não tanto o social, considerando que ela se utilizou dessa condição para poder vacinar-se contra a COVID-19 de forma antecipada ao critério geral, que seria o da faixa etária.

Nesse contexto, nosso objetivo, nas seções que seguem, é tentar apreender de que forma Ártemis e Nêmesis materializam a deficiência em seu processo de subjetivação, assim como, de que maneira o direito, por meio das manifestação da consciência jurídica, performa uma ferramenta de traslado, que leva da não deficiência (social e/ou jurídica) até à deficiência (social e jurídica) e de que forma esse processo afeta os processos de subjetivação de ambas enquanto PCDs.

##### 4.1 ÁRTEMIS: RECONHECIMENTO ALHEIO DO DIREITO

Ártemis é mulher branca, cisgênero, heterossexual, classe média baixa, 33 anos, graduada. Estudou, durante sua trajetória, em escolas públicas - com exceção da graduação - e no momento da entrevista era casada. Como nasceu com deficiência, o “pé torto congênito”, seu contato com o capacitismo se deu desde a tenra infância.

Ela relata que passou por momentos em que “não consegui fazer algumas coisas como as outras crianças, tipo usar chinelinho”, mas que sua mãe sempre incutiu nela que ela “não era deficiente”.

Na fala de Ártemis ela expressamente pontua não se considerar como PCD. O fato, isto é, a deficiência, surge mais pontualmente na conversa quando ela relata que ocupa uma vaga de PCD na Instituição de Ensino Superior em que trabalha.

A alegoria jurídica surge no contraste com a figura que a deficiência representou em sua criação materna, na medida em que por ela ter “aceitado” uma vaga de emprego destinada a PCDs, sua mãe ficou muito brava com ela. A batalha *contra* a deficiência parece ter marcado de forma fundamental o exercício da maternidade por sua mãe:

Ártemis: tanto que quando eu comecei no emprego como PCD, com vaga de deficiente, minha mãe ficou muito braba comigo... (risos) me xingou bastante. Porque eu não era uma deficiente, não precisava... não, tudo bem, né, eu até não sou, não tenho limitações, mas realmente apareceu a oportunidade, né?, por que que eu também não vou pegar o que é bom pra mim, né? [...] minha mãe sempre achava um jeito de achar outras soluções, então, né?, me compensar de alguma forma, assim. E, pra mim sempre foi tranquilo, eu descobri, na verdade, até esse negócio da vaga pra PCD, né?, da vaga, aliás minha cunhada, ela trabalhava no hospital Regina, já era técnica em enfermagem, ela ‘ah, eu acho que, na verdade, o problema que tu tem, um problema congênito, né?, se encaixa’, eu digo ‘não, mas eu não tenho nenhuma deficiência’, ela disse ‘não, é uma deficiência, pode não ter uma limitação específica, mas é uma deficiência, então tu te encaixa pelas normas, enfim, né?, pela lei’

A marcação de Ártemis como pessoa não deficiente parece ter sido algo fundamental no exercício da maternidade para sua genitora, o que fica claro quando Ártemis conta que sua mãe ficou efetivamente brava e a xingou bastante por ter aceito uma vaga de PCD na Universidade em que trabalha. Há, na visão da mãe de Ártemis, uma visão da deficiência como limitação, como um impeditivo para levar uma vida “normal”. Na fase adulta, isso se traduz na sua forma de se subjetivar a si mesma e de se concretizar no mundo na medida em que ela afirma “não ter limitações”.

O direito aparece como “algo que é bom” para ela. Como uma vantagem. Ela joga com o trânsito entre a deficiência-não-deficiência. Para Ártemis, a deficiência aparece como uma limitação, uma barreira, como algo fora do “normal”.

A cunhada de Ártemis já reconhece que ela tem uma deficiência prevista pela lei, mesmo que ela não tenha “uma limitação específica”. Na lei, assim, a interlocutora

performa a deficiência pelo laudo que diagnostica do “congenito” - e que é identificado como aplicável na lei pela cunhada, técnica em enfermagem. É importante esse trecho porque traz duas questões muito relevantes: primeiro, “alguém” teve de identificar Ártemis como uma PCD, mesmo que ela não o fizesse; segundo, essa identificação se dava já na relação com sua mãe, que compreendia o que era uma deficiência, mesmo que em termos gerais, e assim pode negá-la constantemente à filha, quase como se a “protegesse” de algo.

Em ambos os casos, como veremos a frente com Nêmesis, contudo, o direito aparece como um arquétipo de privilégio. Ao usar o direito para ter direitos, quando estes são destinados a determinado grupo de pessoas com as quais elas não se identificam, ambas o fazem como num jogo, de forma que seu trânsito, os espaços desses corpos deficientes no direito, se dá num paradoxo fronteiro, que para Nêmesis, se materializa na inquietação que ela mantém consigo mesma por fazê-lo, ao passo que para Ártemis, isso ocorre na figura da vantagem (do auto interesse).

Compreendemos, desta feita, que nossos dois objetos – o direito e a performance da (não) deficiência – relacionam-se de forma simbiótica no processo de subjetivação das duas interlocutoras. Isso porque, o direito é o suporte fático, é o amparo, que materializa a experiência do “corpo deficiente” na vida adulta para Ártemis e Nêmesis.

#### 4.2 NÊMESIS: RECONHECIMENTO POR SI DO DIREITO

Nêmesis é uma mulher branca, cisgênero, heterossexual, de classe média alta, de 29 anos, graduada em direito e que estudou em duas das instituições de ensino privadas mais prestigiadas da cidade onde nasceu e mora. Essa persona cujo processo de transição da infância para a adolescência e da adolescência para a fase adulta foi embebida em privilégios sociais de quase todas as estirpes, contudo, não deixou de passar, ao menos em alguma medida, por uma metamorfose de tomada de consciência de sua condição enquanto tal.

Essa progressão, todavia, não deixa de materializar-se em uma espécie de culpa, que marca a forma como Nêmesis transita e enxerga a sua deficiência e os seus privilégios sociais e identitários.

Vejam, nesse sentido, uma de suas falas que torna clara a inquietação psíquica da *meztiza* por ocupar o espaço da deficiência. Curioso, porém, é que esta é gerada não tanto por ela observar a deficiência como algo a ser extinto (GAVÉRIO, 2017), ou como uma barreira, mas mais em razão de a condição jurídica de PCD lhe possibilitar usufruir de um “privilégio” que não lhe pertence, isto é, de uma identidade que não é a sua:

Nêmesis: [...] pois é, essa parte que é meio nublada ainda pra mim, entendeu? Porque eu sinto como se eu tivesse roubando alguma coisa por eu não ter uma grande [ênfase] deficiência, entendeu? Sei lá, nas escalas das deficiências, é aquela escala de coisa ruim entendeu, tu querer classificar o que que é pior do que pior, então nas escalas de deficiências, acho que não é uma deficiência, acho eu que podia ser cega dos dois olhos [ênfase] entendeu, mas é só de um, então não sei, às vezes eu me sinto meio roubando por usar os benefícios que a pessoa cega de dois olhos deveria poder usar, não sei, entendeu?

Transparece em sua intervenção que ela se sente como uma impostora. Como se seus privilégios sociais e de identidade transbordassem até mesmo em relação a uma condição corporal sobre a qual ela não tem controle - sua cegueira em um dos olhos. Nêmesis complexifica a fronteira binária normativamente construída entre normal/deficiente (GAVÉRIO, 2017), na medida em que compreende que, visual ou socialmente, ela não é percebida (e não se percebe) enquanto PCD, mas na realidade material de seu corpo e juridicamente sim.

Por outro lado, na medida em que se trata de uma pessoa advogada, vemos como a sua formação jurídica entrelaça mais conscientemente o direito com sua vida cotidiana, de forma que ela transita *com o direito*, a partir de suas habilidades e recursos pessoais (EWICK, SILBEY, 1998). Em razão disso, dessa consciência sobre as ferramentas necessárias para transitar no mundo jurídico, Nêmesis consegue vacinar-se de forma antecipada contra a COVID-19, por ser uma PCD, ainda que se trate de uma pessoa jovem, de menos de 30 anos, que, pela regra etária geral, teria direito à vacina vários meses depois.

Para Nêmesis, essa "vantagem" no que tange à vacinação contra o coronavírus a partir da movimentação de suas habilidades jurídicas, e a outorga do status de PCD pelo direito, faz transparecer que o tempo e o espaço do direito são concomitantes à vida cotidiana. Daí que ela transita *com o direito*.

Essa operação, entretanto, não se dá sem que ela se sinta uma impostora, já que social e subjetivamente, ela não se compreende enquanto PCD, haja vista que ela não performa *externamente* a deficiência (o que para ela é o elemento definidor):

N: pois é, que na minha cabeça uma pessoa com deficiência, não sei, ou ela nasce, ou... não sei, é algo que a gente enxerga nela talvez, se manifesta mais externamente.

P: tu acha que tá fora do controle da pessoa?

N: sim, também, mas tipo as outras pessoas enxergam externamente, entendeu?

Nessa fala, percebemos que para Nêmesis a deficiência aparece como algo que os outros *enxergam*, *algo palpável*, *algo visual*. O que, curiosamente, não é o caso dela, uma vez que a sua deficiência lhe reduz, ironicamente, a capacidade de enxergar os outros, mas não a capacidade de os outros a enxergarem como uma pessoa não deficiente.

A forma como Nêmesis se movimenta entre a não deficiência e a deficiência, por conseguinte, é quase que definitivamente amparada no direito. Isso porque, antes da entrada em vigor da Lei nº 14.126/2021, por meio da qual se passou juridicamente a classificar a visão monocular como deficiência sensorial, para as finalidades do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o que, por sua vez, autorizou a prefeitura de sua cidade a permitir a vacinação de PCDs com visão monocular, a deficiência não era uma questão para Nêmesis.

Em nossa conversa, ela afirma:

P: [...] primeiro, tu te considera uma pessoa com deficiência?

N: **não sei, nunca parei pra pensar sobre isso** [bem constrangida]

[...]

N: **recentemente eu andei pensando a respeito**... talvez, mas ainda é difícil

P: o que tu quer dizer com recentemente? Porque recentemente tu passou a pensar sobre isso?

N: aaaaah, psiquiatra... muitas sessões

P: foi na terapia?

N: foi na terapia

P: que tu passou a pensar sobre o que significa ser uma pessoa com deficiência e se tu te enquadraria dentro disso que tu imagina que seja?

N: sim, nessa dificuldade que eu tenho, que as outras pessoas não têm

Antes da existência de uma vantagem jurídica oriunda da condição de PCD (a vacinação contra a COVID-19), portanto, Nêmesis sequer havia refletido sobre a deficiência, ainda que esta afetasse sua vida diretamente e tivesse significado a

imposição de algumas e de novas barreiras, considerando que a visão monocular de Nêmesis é proveniente de um deslocamento de retina que ocorreu já em sua vida adulta.

O direito, ou melhor, o gozo de direitos fundamentais, aliado às habilidades pessoais de Nêmesis que sabe navegar na burocracia jurídica *com o direito*, vê-lo como um jogo, foi fator fundamental em seu processo contínuo de subjetivação como PCD. A "vantagem" que tanto sua visão monocular quanto seus recursos pessoais adquiridos no curso de direito e na vida enquanto advogada, adquiridos também em razão de uma situação de privilégio social, que lhe permitiu fazer terapia, por exemplo, lhe possibilitaram passar por um processo de reconhecimento do direito por si mesma.

O trânsito não deficiência-direito-deficiência na história de Nêmesis é algo bastante marcante, ainda que ela não performe, visual e externamente para o outro a deficiência que marca esse processo de subjetivação.

#### 4.3 CORPO DEFICIENTE E SUJEITAS DE DIREITO

Ártemis se constrói como não PCD em seu cotidiano. Ao mesmo tempo, acessa um direito por performar a deficiência em duas instâncias: no âmbito biomédico e no âmbito jurídico. Nêmesis repete esse processo. Se pensarmos nas condições em que isso ocorre, percebe-se que o que permite esse acesso ao direito é a primeira esfera, a biomédica.

É por terem um laudo médico, sem necessidade de performar a deficiência, que ambas as interlocutoras acessam a esfera jurídica como sujeitas de direito. Isso evidencia o quanto a deficiência, compreendida aqui como cultural e social, a partir da perspectiva *crip*, é ignorada nessa entrada no direito. A constituição, assim como alguns direitos recém-colocados no "papel", tem em si, portanto, um caráter universalizante e, por isso mesmo, capacitista. Este termo designa compreensões do que seja um "corpo normal", um corpo "plenamente humano", colocando, assim, os corpos deficientes como não completamente humanos e/ou falhos<sup>11</sup>. (CAMPBELL,

<sup>11</sup> Destacamos que a categoria "humano" é em si mesma problemática e merece uma discussão mais aprofundada e adensada, a fim de que se façam as críticas necessárias, visto ser essa categoria

2009). O termo é utilizado, atualmente, também como sinônimo dos preconceitos e violências sofridas pelas PCD.

Em 22 de março de 2021 a presidência da república sancionou a Lei nº 14.126 de 2021, por meio da qual se passou juridicamente a classificar a visão monocular como deficiência sensorial, para as finalidades do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). Como se dá essa sanção? Quem, ou quais grupos, podem definir o que passa a ser uma deficiência em termos jurídicos? A identidade da PCD aparece de que maneira nesse contexto? Apenas quando se acessa os âmbitos jurídicos e biomédicos? Mas e os contornos socioculturais da deficiência, onde estão?

O direito, aqui, aparentemente surge como jogo (com o direito) - habilidades - misturadas com um sentimento muito forte de culpa, principalmente no caso de Nêmesis, o que faz referência ao autointeresse do arquétipo. A deficiência, também no caso dessa interlocutora, se mostra como algo totalmente externo - performatividade -, como algo que o outro coloca na pessoa. As marcas que são deixadas no corpo deficiente estão em constantes trânsitos (ALVES, 2020), mas isso não as torna sujeitas de direito, simplesmente porque essas marcas, que são intrinsecamente socioculturais - e aqui se pode argumentar, com razão, que as esferas biomédicas e jurídicas são culturais e sociais -, não são as definidas previamente como legítimas. Sem um laudo, não se pode ser sujeita de direito deficiente.

Essa formação mantém, por conseguinte, o poder de definição jurídica num dispositivo que exclui as questões sociais e culturais, as vivências e cotidianos das pessoas. E esse processo é mascarado numa pretensa universalidade integradora.

Há na fala de ambas as interlocutoras um paradoxo: elas acessam o direito, mas ao mesmo tempo não querem falar para ninguém, porque o lugar em que o direito e a sociedade colocam as PCDs enquanto vítimas é muito totalizante, na medida em que lhe é retirada qualquer possibilidade de agência (MAHMOOD, 2006). Nesse sentido, existe um movimento de acessar o direito sem que com isso a identidade da PCD, ou a marca que será deixada sobre a corporalidade (ALVES, 2020) possa ser

também base para os já citados conceitos de “normatividade”, “corponormatividade” e para o sistema neoliberal/capitalista mesmo.

percebida ou, antes, que não se abra sequer a possibilidade de alguém deixar essa marca.

É um movimento de rechaço ao exercício do papel de vítima, uma vez que este é visto como um local totalizador da identidade e que subtrai qualquer possibilidade de ação. Isto é, se elas se colocaram e subjetivaram socialmente enquanto PCDs, lhes parece que essa marca será tudo que elas são. Esse lugar de vítima pode totalizar a identidade dessas mulheres. Assim, tanto Ártemis quanto Nêmesis se posicionam estrategicamente em relação ao direito e, ao fazê-lo, constituem para si vias de acesso ao “espaço do direito” destinado a uma categoria específica de deficiência, e que pode ser acessado se o jogo for jogado da forma correta, isto é, se a deficiência for performada pelo laudo médico.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As falas de nossas interlocutoras tornam claro o fato de que a deficiência não é meramente uma identidade ou um conceito. Ela é, para além disso, um “campo de batalha semântica” (VOLÓCHINOV, 2017), cujas disputas concernem tanto à nomeação - o que é o que e quem pode nomeá-lo -, como do processo de materialização da deficiência, que perpassa diversas disputas que vem sendo historicamente travadas muito anteriores aos sujeitos (ALVES, 2020, p. 15).

As materialidades, assim, surgem em diversos campos. Um deles, o jurídico, cria um “espaço a ser ocupado” por corpos que serão marcados pela esfera biomédica ora como PCD, ora não. Recebendo essa marca, se pode acessar os direitos disponíveis. No entanto, o que argumentamos neste artigo, é que há uma materialidade ainda mais significativa: a produção do que seja corpo deficiente.

Nesse espaço, o corpo deficiente vai se constituir de duas maneiras: primeiro, pelo acesso ao direito, aparecendo na marcação das sujeitas de direito; segundo, na “negação” ou não acesso desse direito, uma vez que acessar ele pressuporia um “tornar-se deficiente”, ainda que apenas juridicamente. Esse é um espaço de fronteira (ANZALDÚA, 2005) em que os corpos já não têm mais a certeza se são deficientes ou não, uma vez que podem transitar e ocupar ambos os espaços (o da deficiência e o da não deficiência) pela performance. Nêmesis e Ártemis colocam em evidência o arquétipo do direito como um jogo, segundo o qual “aceitam” a legalidade apenas em

contextos específicos (EWICK; SILBEY, 1998) e para o gozo de direitos determinados. Socialmente, no entanto, elas seguem performando corponormatividade e redelimitando as fronteiras entre normal/deficiente.

O direito, tanto para Ártemis quanto para Nêmesis, aparece como a ferramenta que, por um lado, lhes permite acessar determinados "privilégios" decorrentes da deficiência. Por outro, entretanto, lhes causa confusão, haja vista que coloca luz na deficiência, a qual ou fora sempre e fortemente rejeitada, como no caso de Ártemis, ou sobre a qual não houve reflexão prévia, como no caso de Nêmesis.

O direito, entretanto, é instrumento central nesse trânsito entre não deficiência e deficiência para ambas. A sua performance enquanto PCD, nesse sentido, é tão somente jurídica, haja vista que tanto para dentro (isto é, subjetivamente) quanto para fora (socialmente) ambas não se vejam como PCDs - ainda que Nêmesis dê indícios de estar começando a refletir sobre isso, como vimos em sua entrevista.

Pensamos ser pertinente uma última observação. Esta concerne à branquitude de ambas, uma vez que esta é também uma marca que lhes permite navegar dentro da (não) marcação operada pelo trânsito não-deficiência-deficiência. Esse é um ponto muito importante, que não foi abordado dentro do artigo, mas que destacamos para fins de reflexões outras. Além disso, é um fator relevante, que merece uma análise mais aprofundada, uma vez que o direito é, como argumentado neste artigo, pretensamente universalizante e, por isso mesmo, excludente de questões socioculturais que afetam determinados marcadores sociais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jéferson. **“Eu vou morar nesse metrô, querido, porque aqui eu não sou deficiente”**: interação social das Pessoas com Deficiência em ambientes universitários e suas implicações nos seus modos de subjetivação. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

ANZALDÚA, Gloria. La Consciencia de la Mestiza: rumo a uma nova consciência. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v.13, n.2, p. 704-719, 2005.

BUTLER, Judith. **A vida psíquica do poder**: teorias da sujeição. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BUTLER, Judith. **Relatar a si mesmo**. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

CAMPBELL, Fiona. **Contours of ableism**: the production of disability and abledness. New South Wales: Springer, 2009.

CRISTOVAM, Thaianne Correa. **A Supremacia Judicial e a Teoria Dos Diálogos Constitucionais**: sobre a implementação de mecanismos de diálogo no panorama constitucional brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

EWICK, Patricia; SILBEY, Susan. "Conformity, Contestation, and Resistance: an account of legal consciousness." **New England Law Review**, v. 26, n. 3, p. 731-750, 1992.

EWICK, Patricia; SILBEY, Susan. **The Common Place of Law**: stories from everyday life. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

GAVÉRIO, Marco Antonio. **Funciono, logo existo?** - A deficiência como ficção. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017.

GAVÉRIO, Marco Antonio. Medo de um planeta aleijado?: notas para possíveis aleijamentos da sexualidade. **Áskesis**, v.4, n.1, p.103-117, 2015.

MAHMOOD, Saba. Teoria feminista, agência e sujeito liberatório: algumas reflexões sobre o revivalismo islâmico no Egito. **Etnográfica**, v. 10, n. 1, p. 121-158, 2006.

MCRUER, Robert. **Crip theory**: cultural signs of queerness and disability. New York and London: New York University Press, 2006.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

VOLÓCHINOV, Valentin. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. São Paulo: Editora 34, 2017.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO: ANÁLISE CRÍTICA DA NATUREZA JURÍDICA DE SUAS HIPÓTESES DE CABIMENTO

*INTERLOCUTORY APPEAL: CRITICAL ANALYSIS ABOUT THE LEGAL NATURE OF YOUR HYPOTHESIS OF APPROACH*

*APELACIÓN INTERLOCUTORIA: ANALISIS CRITICO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE SUS HIPÓTESIS DE IDONEIDAD*

**Isabelle Queiroz de Lima<sup>1</sup>**

### RESUMO

Com a alteração da sistemática recursal introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente em decorrência da restrição de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, inaugurou-se importante discussão acerca da natureza jurídica das restritas hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento, elencadas no art. 1.015, ante a aparente colisão de princípios fundamentais como razoável duração do processo e inafastabilidade de jurisdição. Neste cenário, surgiram diferentes correntes interpretativas em relação ao tema proposto, debatendo-se, em especial, a possibilidade de interpretação ampliativa do rol de cabimento do apelo. O presente trabalho objetiva estudar, partindo do metodologia dedutiva, à luz da constitucionalização e democratização do processo civil brasileiro, os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da novel disposição processual, e analisar, a partir de sua fundamentação jurídica e em cotejo com as principais normas que regulamentam a matéria, a consonância, com os fundamentos do sistema jurídico processual brasileiro, do entendimento majoritário atual, correspondente à tese denominada de “taxatividade mitigada”, que parece assegurar a concretização dos princípios constitucionais em aparente colisão e garantir segurança jurídica às partes litigantes.

**Palavras-chave:** Agravo de Instrumento. Hipóteses de Cabimento. Razoável Duração do Processo. Inafastabilidade de Jurisdição.

### ABSTRACT

Since the Brazilian Civil Procedure Code introduced relevant alterations of the appeal systematic in 2015, especially with the restricted possibilities of immediate appeal of the interlocutory decisions, an important discussion about the legal nature of the hypothesis of approach of the interlocutory appeal, listed in the article 1.015, has started. It exposed relevant collision between fundamental principles, as the

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-Graduada em Direito Processual pela PUC/MG. Analista Jurídico na Defensoria Pública do Estado do Amazonas. ORCID: 0000-0002-4564-1237

reasonable duration of the process and the jurisdiction's inexorability. In this scenario, different ways of interpretation about the subject matter have emerged, discussing, mostly, the possibility of extending the restricted hypothesis of approach. The objective of this research is to study, by the deductive methodology and considering the Brazilian's civil process's democratization and constitutionalization, the main doctrinal and jurisprudential positions about the novel legislation. Also, by its legal grounds and the main legal norms that regulate the topic, analyze the dominating comprehension about the subject matter, that consists in the so called "mitigated taxativity", that seems to succeed in guarantee the constitutional principals involved and the judicial security to the parts of the process.

**Keywords:** Interlocutory appeal. Hypothesis of Approach. Reasonable Duration of the Process. Jurisdiction's Inexorability.

## RESUMEN

A partir de la alteración de lo sistema de recursividad brasileño, introducida por él Código de Procedimiento Civil de 2015, especialmente en razón de la restricción de apelación inmediata de las decisiones interlocutorias, se empezó importante discusión acerca de la naturaleza jurídica de las hipótesis de idoneidad relativas a la apelación interlocutoria, enumeradas en su artículo 1.015, provocando una exposición de pertinente colisión de principios fundamentales, como la duración razonable del proceso y la inexorabilidad de la jurisdicción. En este escenario, diferentes corrientes interpretativas surgieron sobre el tema propuesto, discutiendo especialmente la posibilidad de extensión de las hipótesis de idoneidad de la apelación. El propósito de este artículo es estudiar, a partir de la metodología deductiva, con base en la constitucionalización e democratización del proceso civil brasileño, las principales posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la novel legislación y, con base en sus fundamentos y en atención a las normas jurídicas que regulan la materia, analizar la correspondencia del actual entendimiento dominante, correspondiente a llamada "taxatividad mitigada", que parece asegurar la concretización de los principios constitucionales en colisión e garantizar la seguridad jurídica de las partes del proceso.

**Palabras clave:** Apelación Interlocutoria. Hipótesis de Idoneidad. Duración Razonable del Proceso. Inexorabilidad de Jurisdicción.

Data de submissão: 07/02/2022

Data de aceite: 19/04/2022

## 1 INTRODUÇÃO

A relevância das alterações estruturais e contedísticas no processo civil brasileiro decorrentes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) foi percebida desde antes sua promulgação (BUENO, 2015).

Particularmente, a modificação do sistema recursal das decisões interlocutórias introduzida pelo artigo 1.015 do Códex de 2015 foi objeto de análises e entendimentos divergentes pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista a diretriz restritiva trazida pela nova normativa (BUENO, 2015).

A ideia de que o cabimento do Agravo de Instrumento passou a estar restrito a hipóteses específicas e a transferência de parte da recorribilidade das decisões interlocutórias a preliminar de apelação, conforme previsto no artigo 1.009, p. 1º do CPC/15, gerou evidente controvérsia na interpretação da norma pela doutrina e em sua aplicação pela jurisprudência.

A dúvida acerca da natureza jurídica do rol elencado no artigo 1.015 do Código Processual dividiu os aplicadores do direito, originando três correntes principais, havendo relevantes vozes na defesa de sua natureza exclusivamente taxativa, bem como na possibilidade de aplicação extensiva ou analógica e, ainda, de seu caráter meramente exemplificativo.

A controvérsia tornou-se tão relevante que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afetou a análise da matéria a espécie de julgamento de natureza vinculante, com delimitação de controvérsia em recursos repetitivos, a fim de garantir segurança jurídica às partes litigantes.

Na conclusão do julgamento, o STJ optou pela aplicação da tese da taxatividade mitigada, entendendo pela possibilidade de interposição do recurso ainda que em hipótese diversa daquelas elencadas pelo CPC/15, desde que identificada a necessária urgência na análise da matéria impugnada.

A decisão decorrente do Recurso Especial n. 1.704.520 – MT servirá de paradigma no presente estudo, orientando a identificação dos fundamentos elementares das principais correntes interpretativas que circundam a natureza jurídica das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, bem como para a análise crítica do *decisum* exarado pela Corte Superior.

Ante as diferentes análises relativas à nova definição de recorribilidade das decisões interlocutórias no âmbito da atividade jurídica, objetiva, o presente trabalho, expor e analisar, à luz da constitucionalização e democratização do processo civil brasileiro, as divergências apontas, com destaque à decisão de caráter vinculante decorrente do julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

## 2 APRESENTAÇÃO DO CASO

A decisão paradigmática que orienta o presente estudo foi exarada em sede de Recurso Especial, distribuído sob n. 1.704.520 – MT, de relatoria da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi.

Originalmente, a controvérsia analisada teve início no bojo de ação de rescisão contratual cumulada com reparação por danos patrimoniais e morais proposta pela empresa Quim Comércio de Vestuário Infantil Limitada – ME em face de Shirase Franquias e Representações LTDA, embasada em alegado descumprimento de contrato de franquia celebrado entre as partes.

Durante o andamento processual, a parte requerida apresentou exceção de incompetência, apontando a existência, no acordo celebrado, de cláusula de eleição de foro. O juízo acolheu a exceção apresentada e determinou a remessa dos autos à comarca entendida como competente.

Irresignada, a parte autora apresentou recurso de agravo de instrumento que, por decisão monocrática, não foi conhecido justamente em razão de não se amoldar às hipóteses de cabimento previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, que, no entendimento do julgador, eram de natureza taxativa.

Ato contínuo, foi interposto agravo interno pelo sucumbente, tendo sido mantida a decisão monocrática em todos os seus termos, conforme acórdão colacionado:

RECURSO DE AGRAVO INTERNO – DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO – ROL TAXATIVO – ART. 1.015, CPC/15 – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO INCISO III – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Não é cabível o recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses taxativas previstas nos incisos I a XI, do art. 1015, do CPC/15, não sendo possível qualquer interpretação extensiva. Da decisão que reconhece ou rejeita a incompetência do Juízo, consoante o caso dos autos, não cabe recurso de agravo de instrumento, posto que não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo epigrafado, não havendo que se falar em contrariedade ao princípio do acesso ao Poder Judiciário, descrito no art. 5º, inc. XXXV, da CF, uma vez que a parte terá oportunidade de ver a questão apreciada no momento processual oportuno, nos termos do art. 1.009, §§ 1º e 2º, do CPC/15.

Diante da reiterada inadmissão do apelo, o interessado interpôs recurso especial, direcionado à Corte Superior, com base em violação de lei federal e existência de dissídio jurisprudencial, expondo, ainda, a possibilidade de danos a regular atividade judiciária e às partes.

Após a admissão do recurso, o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, determinou a afetação do processo ao rito dos recursos repetitivos. A controvérsia foi assim delimitada, nos termos do acórdão transcrito:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SELEÇÃO. AFETAÇÃO. RITO. ARTS. 1.036 E SS. DO CPC/15. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTROVÉRSIA. NATUREZA. ROL DO ART. 1.015 DO CPC/15. 1. Delimitação da controvérsia: definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos de referido dispositivo do Novo CPC. 2. Afetação do recurso especial ao rito do art. 1.036 e ss. do CPC/2015.

Estava, assim, formalmente afetada à modalidade de julgamento de natureza vinculante a análise da natureza jurídica do rol de hipóteses de cabimento elencadas no artigo 1.015 do CPC/15 e da consequente possibilidade ou não de interposição do apelo com base em temáticas não expressamente previstas no dispositivo em questão.

Por maioria de votos, o Superior Tribunal de Justiça, como solução à controvérsia analisada, fixou a tese denominada de “taxatividade mitigada”, concluindo que é admissível a interposição de agravo de instrumento em hipótese diversa daquelas elencadas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, desde que “verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

Fundamentando a conclusão exposta, a Corte Superior defendeu a impossibilidade de se concluir pela enunciação em rol exaustivo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, uma vez que a previsão mostrava-se insuficiente e não estava de acordo com as normas processuais fundamentais quando tornava inviável a análise de questões urgentes que carecessem de previsão legal.

No extremo oposto, também não se fazia possível adotar o entendimento de que a previsão do artigo 1.015 do CPC/15 seria meramente exemplificativo, sob pena de se reipristinar o regime recursal aplicável às decisões interlocutórias da normativa processual anterior, o Código de Processo Civil de 1973, conscientemente modificado pelo legislador, não podendo o Poder Judiciário ignorar a vontade expressamente manifestada pelo Poder Legislativo.

Por sua vez, a tese de que, ao rol previsto na normativa relativa ao agravo de instrumento, deveriam ser aplicadas as técnicas de interpretação extensiva e analógica, mantido seu caráter taxativo, foi rechaçada em razão da existência de matérias relevantes e urgentes que não poderiam, nem de maneira extensiva ou analógica, se amoldar às hipóteses legalmente previstas para a interposição do apelo.

Assim, o entendimento definido no julgado reconheceu que o art. 1.015 do *códex* processual dispunha de uma singular espécie de taxatividade, que seria mitigada por uma cláusula geral de cabimento, tendo como requisito objetivo a urgência decorrente da inutilidade do julgamento posterior do apelo em sede de apelação.

Em decorrência do entendimento exposto, no caso específico em análise, entendeu a Corte Superior pelo cabimento do recurso, tendo em vista a existência de prejuízo às partes e ao regular andamento do processo se postergada para momento posterior à sentença a análise relativa à competência para julgamento da demanda.

### 3 REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA

O dissenso jurisprudencial envolvendo a matéria em análise fica evidente na própria decisão eleita como paradigma. Isso porque, em que se pese a definição da citada tese da taxatividade mitigada aplicável ao art. 1015 do CPC/15, o julgamento se deu de forma não unânime, contento três votos-vista divergentes, com relevantes argumentos.

Os entendimentos defendidos nos votos-vista divergentes do REsp 1.704.520 – MT serão aqui expostos para elucidar a controvérsia que circunda o tema em análise. Em seguida, serão apontados julgados de diferentes Tribunais pátrios, que deixarão explícita a diferença de entendimentos que envolvem o estudo do tema abordado.

Iniciando a análise dos votos divergentes, expõe-se os pontos de controvérsia levantados pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Dentre as razões por ela elencadas para concluir pela taxatividade do rol de hipóteses de cabimento contidas no artigo 1.015 do CPC/15, a Exma. Ministra esclarece que o novo código processual brasileiro tem como objetivo conceder maior celeridade à fase de conhecimento, limitando, inclusive, as hipóteses de recorribilidade imediata das decisões

interlocutórias, postergando sua análise para o julgamento de apelação, em sede de preliminar.

A interpretação gramatical do artigo também foi argumento levantado no voto divergente, esclarecendo-se que quando o legislador pretende conferir à regulamentação apenas exemplos de situações paradigmáticas, costuma utilizar-se de expressões como “entre outras”, “tais como”, etc, motivo pelo qual, de plano, já se poderia descartar suposto caráter exemplificativo do rol do artigo 1.015 do atual Código de Processo Civil.

Ademais, esclarece a Ministra que é inequívoca a opção formal do legislador ordinário pela limitação das hipóteses de recorribilidade das decisões interlocutórias, e, em que se pese as críticas relevantes apresentadas em face dessa decisão, não seria razoável sua modificação em sede de jurisprudência, sob pena de causar grande insegurança jurídica.

Em relação à tese da taxatividade mitigada, a Excelentíssima Ministra entende que, na prática, esse entendimento trará mais problemas do que soluções, uma vez que surgirão incontáveis controvérsias acerca do que seria urgência e inutilidade do julgamento em sede de apelação, recaindo, sua definição, à subjetividade do julgador.

Conclui, assim, que o melhor entendimento seria opinar pela taxatividade do rol elencado no artigo 1.015 do *Codex* Processual, cabendo eventual flexibilização das hipóteses ao legislador ordinário, em razão da necessária preservação da segurança jurídica.

Do mesmo modo entendeu o Ministro João Otávio de Noronha, divergindo da Relatora. O Exmo. Ministro entendeu que taxatividade imposta pelo legislador visa ao combate da morosidade judiciária, muitas vezes decorrentes do número excessivo de recursos interpostos na demanda.

Defendeu, assim, que a posição adotada na elaboração do Código de Processo Civil de 2015 está de acordo com o atual dinamismo social, que não mais aceita a ideia de um processo demorado, de cognição plena e exauriente.

Em relação à possibilidade de interpretações extensiva ou analógica, entende o Ministro que essa técnica hermenêutica não será suficiente para abranger as questões que merecem análise imediata, especialmente em razão da diversidade de situações que surgem no dia-a-dia da análise de casos concretos.

Entende, desse modo, que por mais que se possa criticar a opção do legislador, não se pode flexibilizar os critérios restritivos aplicados por ele à interposição de agravo de instrumento, uma vez que não cabe ao intérprete estender aplicação da norma que o legislador evidentemente pretendeu restringir, votando pela taxatividade do rol do art. 1015 do CPC/15.

Por fim, seguindo em divergência com a Exma. Relatora, o Ministro Og Fernandes inicia seu voto esclarecendo ser evidente a opção do legislador pela restrição da recorribilidade das interlocutórias, à semelhança do que ocorria com o Código de Processo Civil de 1939.

Acrescenta que a aplicação do requisito da urgência como autorizador da interposição de agravo de instrumento acaba por retomar o regime aplicado à época do CPC/73, prejudicando o novo regime recursal pretendido pelo legislador ordinário.

No seu entendimento, não cabe ao Poder Judiciário fazer as vezes de Poder Legislativo, aplicado o sistema que parece ser mais adequado; ao contrário, devem os julgadores aplicar as normas elaboradas pelos representantes do povo, eleitos democraticamente, com a função de legislar.

Expõe, ademais, que ao adotar a tese defendida pela relatoria, o Superior Tribunal de Justiça estaria deixando de aplicar o art. 1.015 do CPC sem, contudo, declará-lo inconstitucional, o que se mostra inadequado no sistema jurídico vigente.

Vota, então, pelo reconhecimento da taxatividade do art. 1.015 do CPC/15, destacando que o sistema proposto tanto pela tese da taxatividade mitigada quanto pela aplicação de interpretação extensiva geram insegurança jurídica e estão em desacordo com o efetivamente previsto pelo *códex* processual.

Nas mais diversas decisões exaradas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais pátrios é, igualmente, possível observar a existência de posicionamentos divergentes que se amoldam àqueles defendidos pelos Exmos. Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Cite-se, por exemplo, o julgamento, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Agravo de Instrumento n. 0373733-86.2018.8.21.7000, julgado em 07.12.2018, em que se entendeu ser inadmissível a interposição do recurso em análise em face de decisão interlocutória que não consta expressamente do rol do

artigo que prevê suas hipóteses de cabimento, sob pena de ofensa ao denominado “princípio da taxatividade das decisões interlocutórias”.

Merece destaque, também, a decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em sede de julgamento do Agravo Interno n. 0709691-98.2018.8.07.0000, que rechaçou a possibilidade de aplicação de interpretação extensiva, que culminaria em verdadeira violação à finalidade da norma intencionalmente restritiva aprovada pelo legislador ordinário.

Em sentido diverso, pode-se citar o entendimento constante do Acórdão exarado em outro processo analisado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento n. 70077842052 RS, em 12.07.2018, que concluiu pela existência de casos em que, apesar da ausência de expressa previsão legal, impõe-se a admissão do Agravo de Instrumento, sob pena de absoluta inatacabilidade do julgado.

Assim também entendeu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando o julgamento do Agravo Interno n. 00145019520174010000, em agosto de 2018, reconhecendo que no novo sistema recursal a admissibilidade do Agravo de Instrumento não está adstrita às hipóteses do 1.015 do CPC/15, dada a possibilidade de aplicação da interpretação extensiva ou analógica da norma.

Menciona-se, porém, que, em decisões mais recentes, a tese da taxatividade mitigada, por ter sido exarada em decisão formadora de precedente obrigatório, passou a ser aplicada pelos Tribunais Pátrios quando da análise da admissibilidade do Agravo de Instrumento.

Veja-se, por exemplo, o julgamento dos Embargos de Declaração n. 10000190783225002, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 11.02.2020, e do Agravo Interno n. 5036142-02.2019.4.04.0000 no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que foi evidenciada a necessidade de aplicação da tese da taxatividade mitigada para admissão de recurso interposto em hipóteses não enumeradas no artigo 1.015 do CPC/15, quando verificada urgência em sua apreciação, sobretudo em casos envolvendo competência.

Ressalte-se, contudo, que o entendimento exarado na decisão paradigma não foi utilizado como base apenas para a admissão dos recursos interpostos fora das hipóteses do art. 1.015 do CPC/15.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *verbi gratia*, na análise do Agravo Interno n. 0717875-09.2019.8.07.0000, em 22.01.2020, citou a tese da taxatividade mitigada para inadmitir o recurso interposto, haja vista não apenas a ausência de previsão legal de cabimento mas também a inexistência da urgência necessária para admissão da extensão do rol de recorribilidade da decisão interlocutória.

As decisões destacadas demonstram a existência de dissenso jurisprudencial que circunda análise da natureza jurídica da norma que elenca as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015.

#### 4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

A revisão de jurisprudência acima exposta permite identificar as três principais correntes interpretativas que surgiram em relação à natureza das hipóteses de cabimento elencadas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, quais sejam: (i) o rol é taxativo e deve ser interpretado restritivamente; (ii) o rol é taxativo mas admite interpretação extensiva ou analógica e (iii) o rol é meramente exemplificativo.

As citadas correntes também encontraram relevância entre os doutrinadores pátrios, que se debruçaram sobre a normativa em análise para compreender seus principais aspectos e a mais adequada forma de interpretação.

Em defesa da tese da taxatividade e interpretação restritiva, Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, André Vasconcelos Roque e Zulmar Oliveira Júnior (GARJARDONI; DELLORE; ROQUE, JÚNIOR, 2018), ainda que reconheçam a insuficiência das hipóteses previstas no artigo 1.015 do CPC/15 para o atendimento das necessidades da realidade processual, entendem que a eventual ampliação do rol criaria um insustentável cenário instável em torno do sistema preclusivo criado pelo códex processual.

Esclarecem que o direito posto impõe a observância dos limites impostos pela norma processual, que estabelece hipóteses fechadas, *numerus clausus*, para o cabimento do agravo de instrumento, não admitindo qualquer extensão (GARJARDONI; DELLORE; ROQUE, JÚNIOR, 2018).

Por sua vez, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha (DIDIER, CUNHA, 2016), apesar de reconhecerem, expressamente, a natureza taxativa do rol elencado no artigo 1.015 da norma processual civil vigente, defendem não haver

qualquer incompatibilidade com a utilização de interpretação extensiva, que pode ser aplicada a cada uma das hipóteses nela elencadas.

Ressaltam, igualmente, que a resistência em se admitir a interpretação extensiva das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento poderia resultar em incentivo ao uso anômalo do mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Entendimento semelhante é defendido por Cássio Scarpinella Bueno (BUENO, 2015), que, ao tecer comentários ao artigo 1.015 do Código de Processo Civil vigente, destaca a necessidade de se verificar se o rol nele elencado corresponde de fato às necessidades processuais.

Neste cenário, reconhecendo a necessidade de recorribilidade imediata de decisões interlocutórias não elencadas no rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sugere a possibilidade de interpretação ampliativa da previsão, com vistas a evitar a utilização indevida do mandado de segurança como sucedâneo recursal, desde que conservada a razão de ser de cada um de seus incisos, para não generalizá-los indevidamente.

Tese diversa e mais ampliativa é defendida por William Santos Ferreira (FERREIRA, 2017), que destaca a existência, no sistema processual vigente, de uma recorribilidade geral das decisões interlocutórias que, ora serão impugnadas de imediato, por agravo de instrumento, ora *a posteriori* e de modo residual, por meio de apelação.

O fator de definição para o cabimento de cada um dos meios de impugnação não seria propriamente o rol elencado pelo artigo 1.015 mas, em verdade, o interesse recursal na interposição do agravo de instrumento, representado pelo binômio utilidade-necessidade.

Sua conclusão decorre da premissa de que a recorribilidade das decisões, no direito brasileiro, tem previsão constitucional, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, sendo necessária, portanto, a previsão de sucedâneo recursal eficiente e útil para a defesa dos interesses das partes processuais (FERREIRA, 2017).

Assim sendo, esclarece não se pode considerar absoluta a taxatividade das hipóteses de cabimento elencadas no artigo 1.015 do CPC/15, uma vez que existem situações nele não previstas cujo julgamento futuro, postergado, se tornaria inútil.

Entende, assim, que o rol elencado no dispositivo citado trata das hipóteses em que é indubitavelmente cabível a interposição do agravo de instrumento. Nas demais situações, haverá possibilidade de sua interposição, sendo, porém, necessária análise casuística, a fim de se identificar a presença do efetivo interesse recursal que justifique o manejo do apelo (FERREIRA, 2017).

Como se vê, o tema em análise mostra-se controvertido não apenas na jurisprudência mas também entre os expoentes doutrinários pátrios, que elencam argumentos na defesa de cada um dos entendimentos acima expostos.

## **5 NORMAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA**

Cumprido destacar, além do posicionamento doutrinário e jurisprudencial acima exposto, a legislação pátria que trata da matéria, bem como os princípios constitucionais a ela aplicáveis.

As diferentes correntes que se apresentam sobre a análise proposta parecem demonstrar a contraposição, de um lado, do princípio da inafastabilidade de jurisdição e, de outro, a razoável duração do processo.

O princípio da inafastabilidade de jurisdição encontra-se consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que estabelece a impossibilidade de se excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

É, por exemplo, com base neste princípio que Wiliam Santos Ferreira defende a necessidade de se admitir a interposição de agravo de instrumento quando a análise postergada da decisão, impugnada em preliminar de apelação, mostrar-se inútil (FERREIRA, 2017).

O princípio do acesso ao Poder Judiciário, doutro modo, é citado pela Ministra Relatora da decisão paradigmática, Nancy Andrighi, que, defendendo a necessidade de se interpretar as normas processuais à luz da Constituição Federal, relembra que o princípio impõe o direito ao efetivo acesso à justiça e à tutela jurisdicional.

Por outro lado, também com vistas à análise constitucional das disposições constantes do Código de Processo Civil, os Ministros Thereza de Assis e Moura e Og Fernandes, concluindo pela taxatividade do rol das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, entendem que o legislador, atendendo ao princípio da razoável

duração do processo, optou por limitar a possibilidade de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Ainda, a comparação da normativa atual aplicável ao agravo de instrumento com sua regulamentação anterior é utilizada como instrumento para identificação da intenção do legislador quando da alteração da norma processual.

Relembre-se, neste ponto, que sistema recursal anteriormente vigente tipificava a hipótese de cabimento do agravo de instrumento por exclusão, mostrando-se adequado quando, optando-se pela recorribilidade imediata, não se estivesse diante de ato desprovido de conteúdo decisório ou de sentença.

Disponha o artigo 522 do Código de Processo Civil de 1973 que, havendo possibilidade de causar lesão grave e de difícil reparação, bem como em caso de inadmissão de apelação, seria admitida interposição de agravo de instrumento.

Doutro modo, o códex processual de 2015 trouxe em suas disposições, notadamente no muito citado artigo 1015, regramento diverso, elencando expressamente hipóteses de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento.

A contraposição dos citados princípios constitucionais e a comparação entre a regulamentação atual e anterior aplicável ao agravo de instrumento formam o panorama das principais normativas norteadoras do presente estudo.

## 6 ANÁLISE CRÍTICA

Evidencia-se, das informações colacionadas, a existência de embasamento doutrinário e legal que subsidia os diferentes posicionamentos adotados pela doutrina e jurisprudência pátrias. A colisão de ideais como razoável duração do processo e inafastabilidade de jurisdição formam relevante espectro de análise e discussão.

Aprofundando a temática que envolve a aplicação dos citados princípios constitucionais à normativa processual civil, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015) destacam que o rompimento com o Estado Liberal e a introdução do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 impõe o reconhecimento da força normativa da constituição e a compatibilização das leis pátrias com os princípios constitucionais, afastando, assim, a ideia positivista e legalista então vigente.

Não por outra razão, a nova ordem processual implementada pelo Código de Processo Civil de 2015 dedica especial atenção às chamadas “Normas Fundamentais do Processo Civil”, determinando a aplicação de seus termos em conformidade com a CRFB/88.

Neste diapasão, rememora-se a previsão constitucional do devido processo legal como direito fundamental previsto de forma expressa na Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LIV.

Conforme compreende Didier (DIDIER, 2012), este sobreprincípio do direito processual constitucional impõe que o processo esteja em conformidade com o direito como um todo e não somente em observância às leis positivadas. Em verdade, deve o processo mostrar-se justo, equitativo e, portanto, devido e adequado. Decorre deste ideal os princípios do contraditório e ampla defesa, verdadeiros corolários do devido processo legal (LIMA, 2019).

Em vista, portanto, da constitucionalização do processo civil, pode-se concluir que decorre do próprio ideal democrático a exigência de participação efetiva das partes no processo, na formação do convencimento do julgador, a fim de legitimar a própria função jurisdicional e em respeito aos princípios fundamentais supraexpostos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

É, assim, com base na relevância histórica e constitucional concedida aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa que se mostra assertiva a opção do Superior Tribunal de Justiça, pela aplicação da taxatividade mitigada ao artigo 1.015 do Código de Processo de 2015.

Em consonância com o acima exposto, o entendimento consolidado pela Corte Superior reverberou o ideal decorrente do processo constitucional democrático, assegurando a efetiva participação das partes no processo judicial e, especialmente, nos impactos concretos decorrentes das decisões nele exaradas.

Ao atribuir recorribilidade às decisões interlocutórias em face das quais se constasse prejuízo evidente, decorrente da inutilidade do julgamento posterior do apelo em sede de apelação, andou bem o órgão julgador, aproximando o procedimento do processo justo e adequado (devido, portanto). Entende-se, ainda, que a interpretação adotada não vai de encontro à vontade do legislador, não havendo se falar em extrapolação da interpretação extensiva.

Isto porque, nos termos acima elencados, antes de se debruçar sobre a vontade do legislador ordinário, deve-se estudar da intenção do constituinte, que expressamente determinou a observância dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, além do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Assim, pode-se entender assertivo o intérprete quando da opção por prevalência à vontade constitucional, em observância à sua supremacia e evidente força normativa.

Não se olvida, neste ponto, que a norma constitucional também prevê de modo expresso a necessidade de observância à razoável duração do processo e a implementação de meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O Código de Processo Civil, seguindo a tendência da constitucionalização das normas processuais, também previu o objetivo de célere conclusão da demanda, incluindo a atividade satisfativa, quando tratou de suas normas fundamentais.

Entretanto, convém lembrar que decorre do ideal democrático a necessidade de participação legítima das partes da demanda processual, não sendo cabível, salvo melhor juízo, o sacrifício do devido processo legal em nome da celeridade.

Ao contrário, mostra-se viável, nos exatos termos da norma constitucional, a implementação de meios que garantam a célere tramitação do procedimento, a exemplo da tramitação eletrônica dos processos judiciais. Tais medidas não devem implicar, no entanto, no sacrifício de sobreprincípios que decorrem da constitucionalização do direito processual.

Entende-se, assim, que ao impor a necessidade de verificação da urgência no provimento recursal, prezou a Corte Superior pela celeridade e razoável duração do processo, ao impedir o retorno da sistema recursal prevista no código processual anterior.

Por outro lado, ao possibilitar a recorribilidade em casos diversos dos previstos expressamente no artigo 1015 do Código de Processo Civil, o órgão julgador deu efetividade aos princípios constitucionais decorrentes do devido processo legal instituído pela Constituição da República, em adequado exemplo de aplicação da técnica de ponderação quando da colisão de direitos fundamentais.

## 7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, infere-se que a divergência acerca da natureza do rol enunciativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é matéria de divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

As três principais teses identificadas diferem-se entre si atribuindo ao artigo 1.015 do Código de Processo Civil natureza taxativa, meramente exemplificativa ou taxativa passível de interpretação analógica ou extensiva.

Os posicionamentos encontram-se embasados, revestindo-se de interpretações de dispositivos constitucionais e legais, com argumentação elaborada pelos principais expoentes da doutrina processualista e pelos mais diversos tribunais pátrios.

A divergência doutrinária e jurisprudencial conduziu o Superior Tribunal de Justiça a afetar a matéria ao rito dos recursos repetitivos, a fim de atribuir relativa estabilidade ao entendimento defendido na decisão exarada e conceder segurança jurídica aos litigantes.

Por meio da ponderação de princípios constitucionais e reconhecendo a insuficiência do rol elencado pelo legislador ordinário, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, entendeu pela aplicação da tese da taxatividade mitigada.

O entendimento definido conclui ser admissível a interposição de agravo de instrumento em hipótese diversa daquelas elencadas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, desde que verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Em que se pese a existência de argumentação contrária, levantada, inclusive, no próprio julgamento do caso paradigmático, em sede de votos-vista divergentes, em análise do sistema democrático instituído pela Constituição da República de 1988 é possível concluir pelo acerto da decisão emanada pela Corte Superior.

Isto porque o rompimento com o Estado Liberal e a introdução do Estado Democrático de Direito impõem a força normativa da constituição e a necessidade de compatibilização de toda a legislação ordinária com os princípios constitucionais.

Neste contexto, os sobreprincípios constitucionais aplicáveis ao sistema processual, como inafastabilidade de jurisdição, contraditório, ampla defesa e devido

processo legal, asseguram a efetiva participação das partes no processo judicial, com a possibilidade de influir diretamente nas decisões exaradas.

Assim sendo, ao assegurar a recorribilidade das decisões interlocutórias, ainda que em hipóteses não previstas no rol do art. 1.015 do CPC, o STJ assegurou a concretização dos princípios constitucionais decorrentes do devido processo legal.

Doutro modo, impondo a necessidade de se verificar, concretamente, urgência na matéria impugnada, a fim de se constatar a efetiva recorribilidade imediata do *decisum*, o Tribunal Superior impediu a repriminção do sistema processual anteriormente vigente e prezou pela razoável duração do processo, em ponderação acertada dos valores constitucionais em aparente colisão, assegurando, ainda, segurança jurídica às partes litigantes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: 1704520 MT 2017/0271924-6**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 20/02/2018, CE - Corte Especial, Data de Publicação: DJe 28/02/2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T). Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (1939). **Decreto-Lei 1.608 de 18-09-1939**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei 5.869 de 11-01-1973. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Lei 13.105 de 16-03-2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo Interno: 00145019520174010000**. Relator: Francisco Neves da Cunha. Data de Julgamento:

29/08/2018. Segunda Turma. Data de Publicação DJe: 09/10/2018. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661569358/agravo-interno-no-agravo-de-instrumento-agtag-agtag-145019520174010000?ref=serp>. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo Interno: 5036142-02.2019.4.04.0000**. Relator: Taís Schilling Ferraz. Data de Julgamento: 11/12/2019. Sexta Turma. Data de Publicação DJe: 11.12.2019. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791881285/agravo-de-instrumento-ag-50361420220194040000-5036142-0220194040000?ref=serp>. Acesso em 10 set. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: O Processo Civil nos Tribunais, Recursos, Ações de Competência Originária de Tribunal e *Querela Nullitatis*, Incidentes de Competência Originária de Tribunal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil e ao Processo de Conhecimento**. 14. ed, v.1. Salvador: JusPodivm, 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo Interno: 0709691-98.2018.8.07.0000**. Relator: Diaulas Costa Ribeiro. Data de Julgamento: 03/10/2018. Oitava Turma Cível. Data de Publicação DJE: 18/10/2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/807065598/7096919820188070000-df-0709691-9820188070000/inteiro-teor-807065606?ref=serp>. Acesso em: 10 set. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo Interno: 0717875-09.2019.8.07.0000**. Relator: Vera Andrighi. Data de Julgamento: 22/01/2020. Sexta Turma Cível. Data de Publicação DJE: 07/02/2020. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/807032361/7178750920198070000-df-0717875-0920198070000?ref=serp>. Acesso em: 10 set. 2020.

FERREIRA, Wiliam Santos. Cabimento do Agravo de Instrumento e a Ótica Prospectiva da Utilidade: o direito ao interesse na recorribilidade das decisões interlocutórias. **Revista de Processo**, São Paulo, v.262, ano 42, jan. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LIMA, Iara Menezes. O devido processo legal e seus corolários: contraditório e ampla defesa. **Revista brasileira de estudos políticos – RBEP**, Belo Horizonte, n. 96, p. 161-189, jul./dez. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento: 10014225420168110000 MT**. Relator: Carlos Alberto Alves da Rocha, Data de Julgamento: 14/12/2016, Terceira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/01/2017. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/867421858/agravo-de-instrumento-ai-10014225420168110000-mt?ref=serp>. Acesso em: 10 set. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração n. 10000190783225002**. Relator: Marco Aurelio Ferenzini. Data de Julgamento: 11/02/2020. Décima Quarta Câmara Cível. Data de Publicação DJe: 13/02/2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/810415502/embargos-de-declaracao-cv-ed-10000190783225002-mg?ref=serp>. Acesso em: 10 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70077842052 RS**. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Data de Julgamento: 12/07/2018. Vigésima Primeira Câmara Cível. Data de Publicação DJe: 16/07/2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/601161940/agravo-de-instrumento-ai-70077842052-rs?ref=serp>. Acesso em: 10 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento: 0373733-86.2018.8.21.7000 RS**. Relator: Mylene Maria Michel. Data de Julgamento: 07.12.2018, Décima Nona Câmara Cível. Data de Publicação DJe 10.12.2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657144546/agravo-de-instrumento-ai-70080085210-rs/inteiro-teor-657144559?ref=serp>. Acesso em: 10 set. 2020.

**A BANALIDADE DO MAL NO ENCARCERAMENTO FEMININO BRASILEIRO:  
uma análise da violência institucional sob a ótica de Hannah Arendt**

*THE BANALITY OF EVIL IN WOMEN'S INCARCERATION: an analysis of  
institutional violence by Hannah Arendt's view*

*LA BANALIDAD DEL MAL EM EL ENCARCELAMIENTO FEMININO  
BRASILEÑO: un análisis de la violencia institucional en la perspectiva de  
Hannah Arendt*

**Carolina Alves Ferri<sup>1</sup>**

**Cezar Augusto Giacobbo de Lima<sup>2</sup>**

**Larissa Urruth Pereira<sup>3</sup>**

**RESUMO**

Por meio de pesquisa bibliográfica é feita uma análise comparativa entre a banalidade do mal e a gestão do sistema penitenciário feminino para identificar se a manutenção das violações dos direitos das mulheres encarceradas advém de uma forma de pensar e agir semelhante à banalidade do mal, com o objetivo de explicar o conceito arendtiano e expor as violações dos direitos das mulheres. A banalidade do mal significa a ausência de motivação para praticar o mal e o desprezo com as violações dos direitos humanos, enquanto a sociedade ignora essas violações. Desse modo, a banalidade do mal se manifesta no encarceramento das mulheres ao excluir a feminilidade e deixar de atender às demandas, utilizando a violência como meio de controle dos corpos das mulheres.

**Palavras-chave:** banalidade do mal. encarceramento feminino. violações de direitos. Hannah Arendt.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito; Pós-graduanda em Investigação Forense e Perícia Criminal pela Faculdade Dom Alberto; carol.ferri11@hotmail.com

<sup>2</sup> Professor e Coordenador do curso de Direito da Ulbra - Torres/RS; Especialista em Ciências Penais (PUCRS); Mestre em Ciência Criminais (PUCRS); cezardelima@hotmail.com.

<sup>3</sup> Professora (CNEC/UCS) e Advogada; Especialista em Ciências Penais (PUCRS); Mestra em Ciências Criminais (PUCRS); Doutoranda em Ciências Criminais (PUCRS); lariurruth@gmail.com

## ABSTRACT

By bibliographic research it is made a comparative analysis between the banality of evil and the management of women's penitentiary system to identify if the maintenance of violations of imprisoned women's rights come from a form of thinking and acting similar to banality of evil, aiming to explain the Arendtian concept and expose the violations of women's rights. The banality of evil means the absence of motivation to practice evil and the scorn with the violations of humans' rights, while the society ignores these violations. Thereby, the banality of evil manifests itself in women's imprisonment by deleting femininity and default to attend the demands, using violence as a means to control women's bodies.

**Keywords:** banality of evil. women's incarceration. violations of rights. Hannah Arendt.

## RESUMEN

A través de una investigación bibliográfica, se realiza un análisis comparativo entre la banalidad del mal y la gestión del sistema penitenciario femenino para identificar si el mantenimiento de las violaciones a los derechos de las mujeres privadas de libertad proviene de una forma de pensar y actuar similar a la banalidad del mal, con el objetivo de explicar el concepto arendtiano y exponer las violaciones a los derechos de las mujeres. La banalidad del mal significa la ausencia de motivación para hacer el mal y el desprecio por las violaciones de los derechos humanos, mientras la sociedad ignora estas violaciones. De esta forma, la banalidad del mal se manifiesta en el encarcelamiento de las mujeres al excluir la feminidad y no cumplir con las demandas, utilizando la violencia como medio de control del cuerpo de las mujeres.

**Palabras clave:** banalidad del mal. encarcelamiento de mujeres. violaciones de derechos. Hannah Arendt.

Data de submissão: 16/02/2022

Data de aceite: 30/03/2022

## 1 INTRODUÇÃO

Em 1961, quando acompanhou o julgamento do oficial Adolf Eichmann pelos crimes cometidos durante o regime nazista, Hannah Arendt desenvolveu o conceito de banalidade do mal para se referir a normalização de condutas criminosas e sua prática reiterada por pessoas que não manifestavam qualquer interesse íntimo ou ideológico em praticar o mal, mas foram instrumentos para a execução do plano de extermínio do povo judeu. O sistema prisional brasileiro, por sua vez, é perpetrador

de graves e recorrentes violações de direitos humanos, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal o atribuiu o título de estado de coisas inconstitucional, no ano de 2015. O encarceramento de mulheres, por outro lado, potencializa a violência a que são submetidas as pessoas privadas de liberdade porque submete as mulheres à supressão de sua feminilidade e não proporciona condições mínimas para a manutenção de sua dignidade. O aprisionamento feminino reproduz, portanto, as desigualdades de gênero vivenciadas extramuros uma vez que sujeita as detentas a uma vida institucionalizada pensada para abrigar homens.

Assim, diante das reiteradas violências a que são submetidas as pessoas privadas de liberdade, é necessário ampliar a exposição dessas práticas e proporcionar visibilidade à violência institucional a fim de que seja possível trabalhar-se com políticas de contenção ou redução de danos e iniciativas de enfrentamento a essas condutas brutais. Nesse sentido, pretende-se uma análise do encarceramento brasileiro, limitando-se ao aprisionamento feminino sob a ótica da banalidade do mal, uma vez que as desigualdades de gênero são fortalecidas quando associadas ao cárcere.

Por entender existir relação entre o conceito arendtiano e a política de gerenciamento penitenciário do Brasil, questiona-se se é possível identificar se a manutenção das violações de direitos no âmbito do sistema carcerário feminino brasileiro advém de uma lógica do pensar e do agir semelhante à da banalidade do mal. Através de debate conceitual com base em revisão bibliográfica, objetiva-se identificar se essas violações de direitos perpetradas no aprisionamento feminino se relacionam com a banalidade do mal, bem como pretende-se sintetizar o conceito arendtiano e expor essas violências, a fim de viabilizar medidas de enfrentamento e responsabilização pelas reiteradas violações de direitos.

## 2 HANNAH ARENDT E A BANALIDADE DO MAL

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e a apuração das responsabilidades sobre o Holocausto, colaboradores do regime nazista foram submetidos a julgamento por seus crimes, dentre eles o oficial Adolf Eichmann. Para acompanhar o seu julgamento, a filósofa e cientista política Hannah Arendt foi enviada à Jerusalém como correspondente do jornal estadunidense *The New Yorker*. Foi

nessa oportunidade que ela construiu o conceito de banalidade do mal e concluiu que Eichmann não era nenhum monstro, senão uma pessoa absolutamente normal. Assim, se pretende, preliminarmente, a apresentação dessa que pode ser considerada a maior filósofa política do século XX (LAFER, 2018) com posterior análise do conceito de banalidade do mal.

Filha de judeus assimilados e abastados integrantes da vida e da cultura alemã da época, Hannah Arendt nasceu em 1906, na cidade de Hannover, na Alemanha. Por judeus assimilados entende-se aqueles que buscavam se integrar na sociedade europeia sem que a religião fosse um empecilho (OLIVEIRA, 2019). Ela estudou filosofia e se sentia atraída pela teologia durante sua formação (LAFER, 2018), mas foi após exilar-se da Alemanha, em 1934, que passou a dedicar-se ao estudo da ciência política. Durante seu exílio distanciou-se da ideia de assimilação e compreendeu a situação de marginalização judaica, passando a militar pelo seu povo. (OLIVEIRA, 2019). Em 1941, fugiu para os Estados Unidos da América, país do qual se tornou cidadã 10 anos depois (OLIVEIRA, 2019).

Por falar fluentemente alemão e hebraico (LEISTER; COSTA, 2010), Hannah Arendt foi enviada à Jerusalém no ano de 1961 para acompanhar o julgamento de Adolf Eichmann. Capturado na Argentina por um comando israelense em 1960, Eichmann era um dos oficiais nazistas responsáveis por efetivar a solução final<sup>4</sup> da questão judaica. É, então, a partir das suas observações e conclusões sobre o julgamento e sobre Eichmann que Hannah Arendt constrói o conceito de banalidade do mal.

Apesar do que é de se esperar de quem pratica tais crimes, Arendt observou que Eichmann não era sádico, nem perverso, pelo contrário, ele era “terrível e assustadoramente normal” (ARENDR, 1999, p. 299). Ele era, portanto, um homem banal, que poderia ter sido um eficiente funcionário de qualquer outro regime que lhe pagasse o salário, reconhecesse seu trabalho com promoções e, ao fim da carreira,

---

<sup>4</sup> O objetivo do regime nazista era tornar a Alemanha *judenrein* (livre/limpa de judeus). Para tanto, a primeira solução apresentada foi a expulsão desse povo a partir da emigração forçada. Logo após, passou-se a idealizar a concentração, que consistia na ideia de enviar todos os judeus da Europa para um mesmo local, proporcionando-lhes um espaço de terra para que pudessem formar um assentamento, tornando, assim, praticamente todo o continente *judenrein*. Por fim, quando se percebeu que não existiria terra no mundo suficiente para abrigar todos os judeus europeus, instituiu-se o extermínio físico como solução final

lhe permitisse se aposentar (OLIVEIRA, 2019). Reconhecendo, então que “as pessoas que cometeram grandes crimes não são necessariamente grandes criminosos” (LAFER, 2018, p. 107) e analisando os aspectos que levaram um homem comum a colaborar com uma das maiores tragédias da humanidade, surge o conceito de banalidade do mal.

Para chegar a esse conceito a autora observa algumas circunstâncias que contribuíram para que Eichmann e muitos outros colaboradores do regime fossem capazes de participar da execução do plano de extermínio do povo judeu sem sequer questioná-lo. A fim de dinamizar a análise, tais aspectos foram divididos em três blocos: o colapso moral, a instrumentalização das condutas e a mediocridade do agente.

O colapso moral se refere à decadência de princípios básicos de convivência social e o declínio do caráter humanitário da sociedade que atingiu não só os cidadãos alemães, mas toda a Europa e não só os algozes, mas também as vítimas e proporcionou que a própria coletividade aceitasse as medidas adotadas pelo regime nazista. Conforme a própria autora: “as pessoas não se importavam com o rumo dos acontecimentos e não se incomodavam com a presença de assassinos à solta no país, uma vez que nenhuma delas iria cometer assassinato por sua própria vontade.” (ARENDR, 1999, p. 27). A própria comunidade judaica se viu corrompida ao aceitar a existência de privilégios entre judeus, como judeus alemães acima de judeus poloneses ou judeus nascidos na Alemanha acima dos naturalizados. Essa diferenciação funcionou como involuntária cumplicidade com os nazistas, o que veio a facilitar a seleção sobre quem morreria primeiro (ARENDR, 1999).

A instrumentalização das condutas foi evidenciada diante da reprodução mecânica das atividades de Eichmann, uma vez que Arendt revelou que o oficial jamais feriu fisicamente um judeu com suas próprias mãos, mas apenas participava da logística de transporte dos indivíduos e obedecia a ordens (ARENDR, 1999), reproduzindo suas tarefas de forma automática. Todavia, a participação instrumental de Eichmann não foi suficiente para lhe eximir da responsabilidade pela sua atuação no extermínio do povo judeu, uma vez que ele tinha conhecimento do resultado de seus atos e não demonstrou qualquer arrependimento ou preocupação em evitá-los (ARENDR, 1999).

Essa ausência de arrependimento, por sua vez, advém da mediocridade do agente que se refere à normalidade de Eichmann e de muitos outros que se submeteram ao regime nazista e à possibilidade de qualquer pessoa se submeter a regimes totalitários em razão da execução mecânica de suas atividades e da ausência do pensamento crítico sobre suas condutas. Eichmann muito pouco tomou decisões próprias, estava permanentemente preocupado em estar resguardado por ordens, não questionava e sempre esperava por instruções. Em nenhum momento ele cedeu ou recuou diante das ordens, o que para ele seria considerado inadmissível. A desobediência que tanto foi questionada e exigida dos oficiais no pós-guerra era para Eichmann impossível, pois diante das circunstâncias, ninguém agia com insubordinação (ARENDDT, 1999).

É em razão de tais aspectos que Arendt (1999, p. 299) concluiu com preocupação:

O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem perversos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais. [...] essa normalidade era muito mais apavorante do que todas as atrocidades juntas, pois implicava que [...] esse era um tipo novo de criminoso [...] que comete seus crimes em circunstâncias que tornam praticamente impossível para ele saber ou sentir que está agindo de modo errado.

A partir da análise dessa normalização das condutas e dos agentes que operacionalizaram a solução final se entende haver semelhança entre a banalização do mal evidenciada no regime nazista e a manutenção das violações de direitos humanos no sistema carcerário feminino. Isso porque, como a seguir exposto, a violência institucional associada à violência de gênero também é perpetrada através de condutas instrumentalizadas praticadas por pessoas normais e com anuência da sociedade.

### **3 O ENCARCERAMENTO FEMININO COMO CATALISADOR DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO**

A partir do momento em que conquistaram espaços públicos, as mulheres também se aproximaram da malha de um sistema penal feito por homens e para homens, que não foi pensado para abrigar e atender as especificidades da condição feminina (MONTES, 2020). Por essa razão, o encarceramento expõe as mulheres a

uma gama de violações de direitos além daquelas perpetradas nas unidades masculinas, pois são submetidas a uma perspectiva de que o delinquente é prioritariamente do sexo masculino e, portanto, o sistema deve suprir essa demanda, o que negligencia as particularidades das mulheres e sujeita-as à inferioridade de tratamento (SANTORO; PEREIRA, 2018).

O estudo sob o enfoque de gênero tem como objetivo romper com a invisibilidade da mulher presa diante do panorama prioritariamente masculino através do qual o sistema prisional é comumente analisado (ESPINOZA, 2004). Além das violações evidenciadas em todo sistema penitenciário como ausência de saneamento básico, comida imprestável, celas imundas e insalubres (BRASIL, 2015), as mulheres são submetidas a situações desumanas e degradantes no que tange à maternidade e à menstruação.

A maioria das mulheres que ingressam no sistema penal são mães de muitos filhos e para obterem informação ou não verem dificultada a visita já iniciam a vida nas unidades se sujeitando a diversas limitações impostas pelo autoritarismo da administração e do corpo funcional das penitenciárias (PEREIRA; ÁVILA, [2012]). A situação se agrava quando a gestação e/ou o nascimento acontece no cárcere. De plano, observa-se que, em 2018, das 1.521, apenas 55 unidades prisionais do país contavam com celas ou dormitórios adequados para gestantes e 49 contavam com berçários ou centro de referência materno-infantil, enquanto que somente 50% das gestantes privadas de liberdade estavam em unidades que possuem celas adequadas (BRASIL, 2018).

Conforme pesquisa de Leal *et al.* (2016), 8% das mulheres denunciam uma demora de mais de cinco horas para atendimento após início do trabalho de parto. As parturientes são levadas a hospitais públicos de ambulância ou em viaturas policiais e a maior parte delas relata ter sofrido violência verbal e psicológica pelos agentes penitenciários e pelos profissionais da saúde na hora da internação e 8% acusam o uso de algemas durante o parto (LEAL *et al.*, 2016). Mais grave que as gestantes que dão à luz algemadas, é a situação daquelas que dão à luz nas celas porque não foram levadas a tempo ou tiveram atendimento negligenciado. Em alguns casos, como denuncia Queiroz (2016), as mulheres pariram dentro das celas e tiveram como parteiras as próprias colegas ou as enfermeiras do presídio.

Após o parto, geralmente, as mães retornam para as unidades e permanecem com seus filhos por um período que varia entre 6 meses e 6 anos (LEAL *et al.*, 2016). Se não houver vagas em unidades adequadas para receber bebês e crianças, as mulheres que já cumprem pena em locais inadequados à sua própria permanência são então obrigadas a sujeitar seus bebês às mesmas condições desumanas em que vivem (QUEIROZ, 2016).

Já em relação a menstruação, destaca-se que a pobreza menstrual que atinge mulheres e meninas de todo país não exclui as mulheres privadas de liberdade e o não falar sobre a menstruação atua como uma forma de invisibilizar esse fenômeno fisiológico natural e recorrente que faz parte da natureza feminina (OMS, 2021). Nesse sentido, observa-se que a Lei de Execução Penal em nenhum momento faz menção a absorventes íntimos ou às questões relacionadas à menstruação, limitando-se a tratar sobre a higiene em geral.

Conforme a pesquisa *Dar à luz nas sombras* (BRASIL, 2015), uma das principais denúncias das entrevistadas é a negligência quanto às singularidades femininas. Nas penitenciárias espalhadas pelo país a situação vai muito além do legalmente estabelecido porque, como denunciou a CPI Carcerária, nas cadeias femininas não são distribuídos absorventes para as detentas e, muito menos, remédios quando o ciclo menstrual vem acompanhado de dores (BRASIL, 2009). Na votação da ADPF 347/DF, o Ministro Relator também expôs a violação de direitos das mulheres referente à saúde íntima, afirmando que “as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.” (BRASIL, 2015). Tal afirmação foi também observada por Luciana Cardoso, representante da Pastoral Carcerária de São Paulo, que foi ouvida na CPI Carcerária (BRASIL, 2009, p. 286) e afirmou:

[...] a gente passa por um grave problema, que é o acesso a produtos de higiene. A gente está cansada de ver mulheres presas que não têm acesso nem a papel higiênico, tampouco a absorvente íntimo. E são mulheres que passam o mês juntando miolo de pão para usar como absorvente, muitas vezes, e outras mazelas dessa mesma tristeza.

As vulnerabilidades a que as mulheres são submetidas se intensificam em situação de privação de liberdade e reforçam a desigualdade de gênero, reproduzindo nas penitenciárias femininas constrangimentos e estigmatização em relação às particularidades das mulheres e a necessidade de tratamento

diferenciado (ASSAD, 2021). Assim, vê-se que a desigualdade de gênero que atinge meninas e mulheres extramuros é também reproduzida no âmbito do aprisionamento feminino e potencializa a punição de mulheres infratoras. Todavia, apesar do aumento na exposição da violência de gênero praticada nas unidades prisionais, o Estado e a sociedade civil não manifestam interesse em reverter a situação ou, no mínimo, reduzir os danos. Por isso, sobrevém a análise da relação entre a manutenção dessas violações de direitos humanos e a banalidade do mal.

#### **4 A BANALIDADE DO MAL E O APRISIONAMENTO DE MULHERES**

Como visto, a banalidade do mal evidenciada por Arendt se encontra na ausência de motivação para a prática do mal (ALMEIDA; MASSAÚ, 2015) e se revelou diante das circunstâncias que permearam o Holocausto e as atividades de Eichmann e dos demais oficiais nazistas (ARENDR, 1999). O conceito de banalidade do mal nasce, portanto, da reiterada prática do mal evidenciada na repetição mecânica de atividades que levariam ao extermínio do povo judeu por oficiais que se limitavam a executar ordens e não as questionavam, bem como observada pelo colapso moral e decadência de valores humanos que atingiu a sociedade alemã e mundial, infiltrando-se até mesmo entre as vítimas.

O colapso moral por ela exteriorizado pode também ser verificado na sociedade brasileira que, apesar da crescente exposição das violações a que são submetidas as mulheres encarceradas, ignora as brutalidades voltadas àquelas consideradas “significamente mais anormais e muito mais ameaçadoras para a sociedade do que suas numerosas contrapartes masculinas” (DAVIS, 2020, p. 71), permitindo que o Poder Público se mantenha inerte. Por essa razão, a desumanização exercida no encarceramento é transformada em condição implícitas à pena, como se os “clientes” do sistema penal merecessem a perda de seus direitos (ALMEIDA; MASSAÚ, 2015). O reiterado descumprimento de normas constitucionais relativas a direitos fundamentais no cárcere justificado pelo Estado na escassez orçamentária e na priorização de outras demandas sociais (ALMEIDA; MASSAÚ, 2015) proporciona munção para a sociedade civil anuir com a situação de degradação do sistema.

Outrossim, observa-se que Arendt analisou também a instrumentalização das condutas como elemento da banalidade do mal, se referindo a reprodução mecânica de atividades, sem questioná-las. Nesse sentido, ressalta-se que é inviável exigir conduta diferente dos agentes penitenciários que ingressam em um sistema carcerário em que estão enraizadas violações de direitos humanos e para o qual o Poder Público não demonstra qualquer interesse em adotar medidas de contenção ou redução dos danos, assumindo uma política de Estado de Exceção em que se exclui da pessoa encarcerada todos os direitos civis e a condição de cidadão (SANTOS; ÁVILA, 2017).

É justamente na naturalização da ausência de absorventes íntimos, do desprezo com a higiene íntima das mulheres, da carência de atendimento médico especializado para gestantes e puérperas e da desumanização das parturientes que consiste a banalidade do mal no encarceramento feminino e é a essa naturalização que os agentes são entregues ao adentrarem o sistema penal, passando a reproduzir as mesmas condutas, em razão da ausência do pensar do ponto de vista de outra pessoa.

Essa ausência de pensamento crítico, por sua vez, advém da mediocridade do agente que se refere a possibilidade de qualquer pessoa passar a cometer crimes em circunstâncias que tornem praticamente impossível identificar a ilegalidade de sua conduta. Assim, apesar de responsáveis pela proteção da integridade física e psicológica das detentas, os “oficiais” do sistema penal não são capazes de se colocarem no lugar das mulheres privadas de liberdade e as veem como seres inferiores, reproduzindo o senso comum de que elas têm direitos em excesso (SILVA; MELLO; RUDNICKI, 2018).

A banalidade do mal moderna paira nessa ausência do olhar para com o outro e na exclusão de direitos, tendo em vista que na contemporaneidade ela se relaciona ao processo de menosprezar o outro e as atrocidades contra ele cometidas por não o ver como um igual, o que leva à indiferença em intervir para alterar essa situação (LEISTER; COSTA, 2010). A inércia do Poder Público em modificar a situação não é, como observa Alvino Augusto de Sá (2009), uma omissão que acontece por esquecimento ou por priorização de verbas, mas é sim uma ação de gestão do encarceramento que se reproduz para reafirmar o sentido do

cárcere: segregar aqueles que a sociedade elegeu como inimigos. Como concluem Almeida e Massau (2015), a banalidade do mal está nessa política de desprezar o direito alheio e eleger políticas de manutenção prisional que não priorizem os direitos fundamentais.

Tal observação se aproxima das considerações de Hannah Arendt sobre a própria violência, uma vez que entende que ela tem natureza instrumental para a manutenção do poder dos governos (ARENDR, 2020). O mal contemporâneo e que assola as penitenciárias femininas é aquele que possibilita que um grupo de seres humanos tenha sua dignidade suprimida por escolha de outro grupo de seres humanos, que podem ser representados pelo próprio Estado ou pela sociedade (ALMEIDA; MASSAU, 2015), sendo evidenciado por meio da anulação da dignidade humana como uma forma particular de violência que gradativamente se edifica nas sociedades modernas (LEISTER; COSTA, 2010).

Nesse sentido, é imprescindível ressaltar que, apesar das diversas violações de direitos humanos evidenciadas no sistema penitenciário masculino, é essa violência que anula a dignidade da mulher e suprime a sua feminilidade que submete as mulheres privadas de liberdade à desigualdade de gênero também na vida institucionalizada. Essa política incapaz de proporcionar o básico de subsistência, como absorventes higiênicos e condições para o saudável e humano exercício da maternidade, reflete uma colonialidade de gênero que impõe uma visão agressiva contra as mulheres encarceradas (NAZARÉ; SANTOS, 2021).

O controle dos corpos femininos pelos estados modernos é incorporado à banalidade do mal exercida no gerenciamento do aprisionamento que instrumentaliza o direito estatal de punir e reforça a perseguição aos grupos sociais historicamente violentados pela ordem econômica, política e social exercida pelos estratos privilegiados do Brasil (ENGELMANN; CALLEGARI; WERMUTH, 2016). Na mesma lógica, ressalta-se que a sociedade brasileira se fundamenta em perspectivas patriarcais e androcentristas que reforçam as desigualdades de gênero, as quais são institucionalizadas e potencializadas na vida entre muros. Esse controle de corpos foi elemento essencial para a consolidação do capitalismo, uma vez que os corpos são transformados em máquinas e inseridos no aparelho de produção,

funcionando também como vetor de segregação e hierarquização social, sustentando relações de dominação (FOUCAULT, 2020).

O sistema capitalista, por sua vez, induz o cidadão a análises superficiais da realidade, tendo em vista que é formado por valores de competição, egoísmo, imediatismo e ultrageneralização, fazendo com que o indivíduo manifeste comportamentos egocêntricos e que superam valores humanos (SUAVE; FAERMANN, 2020). Nesse sentido, observa-se que a banalidade do mal de Hannah Arendt se refere à passividade para com o sofrimento alheio e a violência infringida nos campos de concentração, manifestada pelos oficiais que executavam as ordens do regime nazista e organizavam a solução final (LEISTER; COSTA, 2010). A filósofa observou que Eichmann era um homem normal que seguia ordens e trabalhava no intuito de obter progresso na carreira, sem se colocar no lugar do outro. Foi essa conclusão que permeou a origem da banalidade do mal e levou a autora a verificar a possibilidade de muitas outras pessoas normais praticarem crimes sem que assim os percebam, bem como é ela que permite que os crimes praticados pelo Estado, que têm como justificativa manter a ordem legal, sejam perpetrados (ALMEIDA; MASSAÚ, 2015).

Entende-se, portanto, que a banalidade do mal evidenciada por Hannah Arendt e que se refere a prática imotivada de violações de direito com a justificativa de execução de ordens e efetivo desempenho dos serviços hoje diz respeito à reiterada supressão dos direitos do ser humano e anulação da dignidade humana que pode ser verificada no encarceramento feminino, uma vez que, além de submetê-las a um sistema penitenciário criado exclusivamente para segregar pessoas que apresentam condutas desviantes eleitas como inimigas da sociedade, ele também anula a feminilidade das mulheres e potencializa as desigualdades de gênero.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hannah Arendt viu em Adolf Eichmann um homem igual a muitos outros, concluindo que qualquer deles pode submeter-se a praticar condutas criminosas sem sequer entendê-las como crime. A banalidade do mal conceituada por ela relaciona-se à ausência de motivação para prática do mal e à normalidade das

peças que executavam violências sem questioná-las, sob a justificativa de que cumpriam ordens, enquanto colocavam em prática o projeto de aniquilação do povo judeu.

Na contemporaneidade, essa banalidade se encontra também na normalização da violação de direitos do outro, por não enxergar nele um igual (LEISTER; COSTA, 2010). A banalização das condutas desumanas associadas a decadência de valores morais de convivência coletiva e a alienação social em relação a realidade prisional originada pelos sentimentos de imediatismo e egocentrismo no qual se fundam o capitalismo (SUAVE; FAERMANN, 2020) se manifesta como uma evolução da banalidade do mal de Arendt.

No âmbito do aprisionamento feminino, a banalidade do mal é verificada nas violências direcionadas às pessoas privadas de liberdade, como se merecedoras fossem, que são potencializadas pela desigualdade de gênero reproduzida na vida institucionalizada. Às mulheres encarceradas, o Estado e a sociedade reservam menosprezo e omissão, uma vez que, além de destinatárias do descaso comumente direcionado às pessoas em privação de liberdade, são também consideradas inconsequentes e irresponsáveis (PEREIRA, 2012) e são destituídas de sua feminilidade.

O cárcere surge nas sociedades como uma forma de substituir o poder de morte dos soberanos, passando a controlar os indesejados (PRECISAMOS..., 2019). Como afirma Foucault (2020), essa potência de morte que simbolizava o soberano é, na modernidade, revestida pelo controle dos corpos e pela administração calculista da vida. Quando direcionado às mulheres privadas de liberdade, esse controle se verifica na gestão cruel do sistema carcerário que suprime a condição feminina e inviabiliza a manutenção da dignidade humana ao impossibilitar o exercício da maternidade e a vivência menstrual saudável.

O Estado atua, não só de forma omissiva (ao ignorar as necessidades das mulheres), mas também de forma ativa na perpetuação dessas violências ao conscientemente privar as mulheres de experiências saudáveis de fenômenos naturais e normalizar a violação de seus direitos, pensando e agindo de forma compatível com a banalidade do mal e utilizando a violência como instrumento para

manutenção do poder nas mãos dos estratos sociais privilegiados, enquanto destina o seu desprezo a grupos sociais historicamente perseguidos.

Essa banalização que exclui da pessoa encarcerada seus direitos civis e humanos e despreza as violências perpetradas contra as mulheres privadas de liberdade permite que a administração violenta do sistema carcerário seja um instrumento utilizado para manter o controle sobre os corpos femininos e preservar as relações de poder e dominância nas quais a sociedade brasileira foi construída. Logo, através da síntese do conceito arendtiano e da exposição das violações de direitos relacionados à maternidade e à menstruação na prisão, é possível compreender que o gerenciamento violento do sistema penitenciário feminino advém de uma lógica do pensar e do agir semelhante à banalidade do mal e é exercida como instrumento para controlar os corpos femininos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. **Derecho y Cambio Social**, Lima, Peru, ano 12, n. 41, p. 01-16, 2015.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

ASSAD, Beatriz Flügel. Políticas públicas acerca da pobreza menstrual e sua contribuição para o combate à desigualdade de gênero. **Revista Antinomias**, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 140-160, jan./jun., 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. CPI Sistema Carcerário. **Centro de Documentação e Informação**. Brasília, DF: Edições Câmara, 2009.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres**. 2018. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf). Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento 09 set. Brasília, DF: STF, 2015. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.

Acesso em: abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. **Série Pensando o Direito**, Brasília, DF, n. 51, p. 14-89, 2015. Disponível em:

[http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=153796](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153796). Acesso em: 21 out. 2021.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. 5. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020.

ENGELMANN, W; CALLEGARI, A.L; WERMUTH, M.A.D. A banalidade do mal: compromissos (escuros) entre mídia e sistema penal no Brasil e reflexos no Poder Judiciário. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 210-235, jan./jun. 2016.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista.

**Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas, v. 1, n. 1, p. 35-59, jan./dez., 2002. Disponível em:

[http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=44555](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=44555). Acesso em: 21 out. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. (A vontade do saber, 1).

LAFER, Celso. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, n. 7, p. 2061-2070, jun., 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>. Acesso em: 24 out. 2021.

LEISTER, Margareth Anne; COSTA, Arlei da. "A banalidade do mal". Uma releitura da expressão criada por Hannah Arendt. **Revista direitos humanos fundamentais**, Osasco, v. 15, n. 2, p. 185-199, jul./dez., 2010.

MONTES, Suzana Sant'Anna Alves. Reflexos da ocupação feminina nas penitenciárias brasileiras. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, Ano 28, n. 333, p. 12-14, ago. 2020.

NAZARÉ, A.T; SANTOS, L. M. Colonialidade do gênero e o abandono nas prisões femininas no Brasil. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, Ano 29, n. 347, p. 23-25, out. 2021.

OLIVEIRA, Luciano. **10 Lições sobre Hannah Arendt**. 4. Petrópolis: Vozes, 2019.

PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Aprisionamento feminino e maternidade no cárcere**: uma análise da rotina institucional na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. [2012]. Disponível em: [https://www.academia.edu/31869724/APRISIONAMENTO\\_FEMINO\\_E\\_MATERNIDADE\\_NO\\_C%81RCERE\\_UMA\\_ANALISE\\_DA\\_ROTINA\\_INSTITUCIONAL\\_NA\\_PENITENCIARIA\\_FEMININA\\_MADRE\\_PELLETIER](https://www.academia.edu/31869724/APRISIONAMENTO_FEMINO_E_MATERNIDADE_NO_C%81RCERE_UMA_ANALISE_DA_ROTINA_INSTITUCIONAL_NA_PENITENCIARIA_FEMININA_MADRE_PELLETIER). Acesso em: abr. 2021.

PEREIRA, Larissa Urruth. **Filhos do cárcere**: uma análise multidisciplinar do princípio da personalidade da pena na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) Uniritter, Canoas, 2012.

PRECISAMOS falar sobre cárcere e necropolítica. **IBCCRIM** [site], 01 fevereiro 2019. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/782>. Acesso em: 25 nov. 2021.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

SÁ, Alvino Augusto de. O caos penitenciário... Seria mesmo um caos? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, Ano 17, n. 203, p. 15-16, out., 2009.

SANTORO, A. E. R; PEREIRA, A.C.A. Gênero e prisão: o encarceramento de mulheres no sistema penitenciário brasileiro pelo crime de tráfico de drogas. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 87-112. jan./jun. 2018.

SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de Preceito Fundamental 347. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 25, v. 136, p. 267-291, out. 2017.

SILVA, E. F; LUZ, A.M.H; CECCHETTO, F.H. Maternidade atrás das grades. **Revista Enfermagem em Foco**, v. 1, n. 1, p. 33-37, 2011.

SILVA, J.C; MELLO, P.V; RUDNICKI, D. Ser agente na prisão feminina: entre a assistência, a disciplina e o respeito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 26, v. 141, p. 187-212, mar., 2018.

SUAVE, Angela Michele; FAERMANN, Lindamar Alves. Crise da humanidade e sua interface com a banalização do mal e com a proposta de redução da maioria penal. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v. 7, n. 17, p. 451-464, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS — OMS. Fundo de População das Nações Unidas — UNFPA. Fundo das Nações Unidas para a Infância — UNICEF. **Pobreza menstrual no Brasil**: desigualdades e violações de direitos. Brasília, DF: UNICEF, 2021. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/media/14456/file/dignidade-menstrual\\_relatorio-unicef-unfpa\\_maio2021.pdf](https://www.unicef.org/brazil/media/14456/file/dignidade-menstrual_relatorio-unicef-unfpa_maio2021.pdf). Acesso em: 27 out. 2021.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

**AS RELAÇÕES DE TRABALHO E A EVOLUÇÃO DA ECONOMIA: a  
preponderância dos direitos indisponíveis no contexto das novas formas  
empresariais**

*THE LABOR RELATIONSHIPS AND THE EVOLUTION OF THE ECONOMY: the  
preponderance of unavailable rights in the context of new forms of enterprise*

*LAS RELACIONES LABORALES Y LA EVOLUCIÓN DE LA ECONOMÍA: la  
preponderancia de los derechos no disponibles en el contexto de las nuevas formas  
de empresa*

Victor Herzer da Silva<sup>1</sup>

**RESUMO**

O presente estudo, assentado em pesquisa teórico-dogmática desenvolvida por meio de revisão da bibliografia especializada, aborda os caminhos que a evolução histórica indica para o futuro das relações jurídicas de trabalho, partindo da análise das mutações nos modelos organizacionais das empresas e as conseqüentes modificações que implicam nos respectivos contratos laborais. Serão analisados o modelo da firma *coaseana*, a empresa multidivisional e, por fim, as modalidades organizacionais mais recentes: a *empresa-mutante* da Nova Economia e as formas híbridas. O ensaio culminará nos dois diferentes enfoques que a análise econômica possibilita para as inovações nas relações de trabalho. Primeiramente, pelo prisma da eficiência econômica, via mensuração de custos de transação. Após, pela ponderação do feixe de direitos indisponíveis que incidem naquela espécie de relação jurídica.

**Palavras-chave:** Relações de trabalho. Contratos. Tendências. Eficiência. Direitos indisponíveis.

**ABSTRACT**

The present study, based on theoretical-dogmatic research developed through review of the specialized bibliography, approaches the paths that the historical evolution

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos (PGE-RS). ORCID: 0000-0001-5939-0267. victorherzer@edu.unisinos.br.

indicates for the future of the labor relationships, starting from the analysis of changes in the organizational models of the companies and the consequent modifications that imply in the respective employment contracts. The model of the Coase firm, the multidivisional firm and, finally, the most recent organizational modalities will be analyzed: the New Economy *mutant-firm* and the hybrid forms. The essay will culminate in the two different approaches that economic analysis makes possible for innovations in labor relationships. Firstly, by the economic efficiency prism, through measurement of transaction costs. Afterwards, by weighing the bundle of unavailable rights that affect that sort of legal relationship.

**Keywords:** Labor relationships. Contracts. Trends. Efficiency. Unavailable rights.

## RESUMEN

El presente estudio, basado en una investigación teórico-dogmática desarrollada a través de revisión de la bibliografía especializada, aborda los caminos que la evolución histórica señala para el futuro de las relaciones jurídicas de trabajo, a partir del análisis de las mutaciones en los modelos organizativos de las empresas y las consecuentes modificaciones que implican en los respectivos contratos de trabajo. Se analizará el modelo de empresa *coaseana*, la empresa multidivisional y, por último, las modalidades organizativas más recientes: la *empresa-mutante* de la Nueva Economía y las formas híbridas. El ensayo culminará en los dos enfoques diferentes que el análisis económico hace posibles para las innovaciones en las relaciones laborales. Primero, por el prisma de la eficiencia económica, a través de la medición de los costos de transacción. Posteriormente, sopesando el conjunto de derechos indisponibles que afectan a ese tipo de relación jurídica.

**Palabras clave:** Relaciones laborales. Contratos. Tendencias. Eficiencia. Derechos indisponibles.

Data de submissão: 16/06/2022

Data de aceite: 18/05/2022

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste ensaio é perscrutar as tendências de conformação das relações jurídicas de trabalho para o futuro próximo, a partir de enfoques da evolução de cenários econômicos que se apresentam neste momento histórico, em especial as mutações dos modelos organizacionais das entidades empresariais e os influxos da análise econômica das normas juslaborais que condicionam os contratos de trabalho. Trata-se de pesquisa de vertente jurídico-teórica, efetuada precipuamente por meio de investigação bibliográfica.

Perpassando a evolução do modelo de organização das empresas, na primeira parte da abordagem teórica será observada a passagem do padrão da firma *coaseana*, com estrutura hierárquica centralizada, para a empresa multidivisional, até hoje predominante na maioria dos segmentos, e as respectivas diferenças em termos de contratos de trabalho.

Na segunda parte do desenvolvimento do artigo, avançaremos na compreensão da linha evolutiva que se desenha para os próximos anos, com a formatação dos contratos de trabalho no bojo da empresa da Nova Economia e das formas híbridas de governança.

Por fim, a última etapa do trabalho apresentará dois diferentes ângulos da análise econômica que recai sobre as novas relações de trabalho. A puramente econômica, sopesando eficiência e custos de transação; e aquela que considera também as especificidades normativas na regulação dos direitos dos trabalhadores.

## 2 EVOLUÇÃO ORGANIZACIONAL DAS EMPRESAS E SEUS REFLEXOS NOS CONTRATOS DE TRABALHO

Perspectivar os novos rumos das relações de trabalho, sob os influxos oriundos da economia, depende da adequada compreensão da trajetória histórica dos modelos empresariais. É o percurso que ora se passa a delinear, principiando pela firma *coaseana*, perpassando a empresa multidivisional e, por fim, examinando a *empresa-mutante* da Nova Economia e as formas híbridas.

### 2.1 ENTIDADES EMPRESARIAIS COM HIERARQUIA CENTRALIZADA (FIRMA COASEANA)

Notoriamente, o embrião do estudo das imbricações entre as ciências jurídica e econômica se desenvolveu a partir da obra de Ronald Coase (1937), na qual ele procede a um exame comparativo de eficiência entre o mecanismo de preço (mercado) e o sistema hierarquizado de organização das relações de trabalho.

Os economistas que seguiam a escola de Adam Smith (1996) sustentavam que seria inegavelmente mais eficiente o mecanismo de preços, como instrumento de

coordenação do sistema econômico.<sup>2</sup> Coase passou a questionar essa suposta superioridade da engrenagem de mercado, porquanto esta convivia simultaneamente com o sistema de produção organizada em firma, mediante modelo hierárquico de ordenação dos fatores de produção. O ponto central de sua indagação era, portanto, investigar a razão da coexistência desses dois sistemas e o que levava os agentes a escolher um ou outro.

Em última análise, Coase (1937) sustenta que a diferença de custos de transação é o que justifica a simultaneidade de existência dos sistemas, sendo ela também a razão que leva as transações a serem realizadas, ora por um sistema, ora pelo outro. O maior ou menor dimensionamento dos custos de transação, consoante espécie e quantidade das transações cogitadas, é o que indicará o grau de eficiência econômica que induz a escolha pelo mecanismo de preço ou pelo modelo empresarial.<sup>3</sup>

Nada obstante os custos de transação possam, muitas vezes, ser menores quando se utiliza uma empresa para organizar os fatores de produção, incluindo aqui, logicamente, as relações de trabalho, não deixam de existir contratos nessa sistemática, mas são eles reduzidos, na medida em que o trabalhador, integrado no modelo hierárquico, celebra contrato de longo prazo, pelo qual se obriga a desempenhar específicas funções sob as ordens do empresário e por uma determinada remuneração, em geral fixa. É o que se pode denominar de ‘mecanismo de subordinação’, substituindo o mecanismo de preço.

Nessa conjuntura é que se alvitra a possibilidade de o empresário, enquanto instrumento de coordenação, ser mais eficiente do que o mercado, já que logra organizar a produção gerando economia de custos de transação (WILLIAMSON, 1996). Porém nem sempre essa vantagem ocorrerá, circunstância que explica a convivência paralela do mecanismo de preço.

---

<sup>2</sup> HAYEK (1933), por exemplo, é um dos célebres expoentes dessa linha de pensamento.

<sup>3</sup> Sem dúvida, o conceito de *firma* empregado por Coase (1937) não correspondia exatamente ao conceito de *empresa* atualmente utilizado no Brasil, mas representava uma ideia mais ampla, no sentido de organização dos fatores produtivos. Na grande maioria dos casos, entretanto, a pesquisa empírica nos remete à análise de sociedades empresárias, razão pela qual a aplicação frequente da teoria de Coase, na maioria dos países de matriz capitalista, será de fato no contexto de empresas.

Essa espécie de estrutura empresarial, estudada ainda no início do século passado, por vezes chamada de *firma coasena*, com hierarquia centralizada, bem reflete um importante período histórico, fruto da primeira etapa de revolução industrial. Esse modelo organizacional tinha como características, também, o reduzido (ou nulo) grau de delegação de autoridade a instâncias intermediárias ou mais operacionais da organização, baixa utilização de incentivos, gestão altamente concentrada no topo da empresa e contratos de trabalho padronizados (ULEN, 1993).

## 2.2 A EMPRESA ESTRUTURADA NO MODELO MULTIDIVISIONAL (*M-FORM*)

Mais adiante, na virada do século dezenove para o século vinte, surge o modelo de organização chamado firma multidivisional (também conhecido pela abreviação *M-form*), mas que veio a se tornar o formato dominante mais de meio século depois, a partir dos anos 1960.

Por vezes também é designada *firma da Economia Chandleriana*, ou *corporação multidivisional Chandleriana*, por ter sido teoricamente idealizada e sistematizada por Alfred Chandler Junior, pela primeira vez em 1962, na obra *Strategy and Structure* (CHANDLER JR., 1962).

Na firma multidivisional houve uma transformação considerável de modelo de organização em relação à empresa da hierarquia centralizada. Algumas características principais da *M-form* são: grande porte, para explorar potenciais economias de escala; intensiva em capital físico; integrada; oligopolista; administrada por gerentes profissionais; estruturada em centros de lucro relativamente autônomos (para decisões operacionais), cujas contribuições para o lucro corporativo são diretamente observáveis e mensuráveis.

Portanto, uma das principais diferenças em relação ao modelo anterior foi a descentralização de parcela do poder de decisão que ficava concentrado somente no topo da administração da empresa (CHANDLER JR., 1962).

Veja-se que o rol de características da empresa multidivisional espelha a base normativa que regula as respectivas relações de trabalho. A autoridade decisória já não se concentra tão intensamente na alta direção da empresa, havendo autonomias conferidas a níveis intermediários da organização, o que automaticamente reduz a padronização estanque dos contratos de trabalho. Passa a haver ao menos uma

diversificação mínima de tipos contratuais no bojo da firma, sendo em alguns deles acoplados incentivos positivos, como parcela de remuneração variável, conforme metas ou outros indicadores de rendimento, participação nos lucros, promoções, entre outros. Assim, constata-se uma ligeira evolução no conteúdo dos contratos de trabalho, em relação ao que se praticava na sistemática da firma *coaseana*.

Esse modelo organizacional, dessarte, passou a ser majoritário nos anos 1960 e até os dias de hoje ainda é o mais empregado na maioria dos países, ainda que já bastante confrontado por modalidades estruturalmente mais flexíveis (KAPAS, 2004), como veremos no tópico seguinte.

### 2.3 A *EMPRESA-MUTANTE* DA NOVA ECONOMIA E AS FORMAS HÍBRIDAS

A partir dos anos 1990, inicia a denominada *Nova Economia*, termo pelo qual se buscou designar o fenômeno complexo de transformação da economia mundial, a partir dessa época, movido por variados elementos, como a globalização, o aumento de competitividade, a maior velocidade das inovações tecnológicas (D'AVENI, 1994), a dispersão do conhecimento (FOSS, 2002), etc.. No que tange ao cerne deste ensaio, interessa notar que nessa nova fase da economia as empresas buscam com frequência usar novas formas de organizar suas transações, inclusive as que envolvem relações laborais.

Nesse contexto, surge o que Judit Kapas (2004) denomina de *firma-mutante da Nova Economia*, sendo que ela distingue dois tipos de processos de transformação, dentro da Nova Economia. O primeiro, desloca a força de trabalho da empresa, passando a ser organizada em equipes assentadas em projetos (semi)autônomos dentro da organização, com acréscimo de potentes incentivos nos contratos laborais. O segundo tipo de transformação envolve redefinições das atividades-fim e terceirização de atividades (ou de parte delas) que antes eram conectadas (ou inseridas) à atividade-fim da empresa. Por exemplo, esse movimento de mudança abarca redes de subcontratações, parcerias (alianças) estratégicas entre empresas e também pesquisas conjuntas. Em suma, é um processo que foca em contratos de

longo prazo entre empresas e extração de benefícios do trabalho em rede<sup>4</sup>. Revisitando a expressão forjada por Oliver Williamson (1996), esses novos mecanismos de governança podem também ser designados de *formas híbridas*.

A nova estrutura organizacional, encontrada na empresa-mutante da Nova Economia, ostenta hierarquia achatada, estrutura decisória mais descentralizada e ramificada em equipes autônomas auto-organizadas, voltadas para tarefas/projetos bem definidos e englobando grupos de profissionais altamente especializados (ZENGER, 2002).

Nesse cenário há maior distribuição de parcela de autoridade aos empregados/colaboradores, com mecanismos de pagamento preponderantemente baseados em incentivos de performance. Ou seja, é transferido um grau elevado de discricionariedade para os níveis mais baixos da empresa. O comprometimento, nessa quadra, já não se baseia tanto nas ordens de superiores hierárquicos, voltando-se mais aos incentivos contratuais (maior participação nos lucros, perspectiva de promoções atrativas, flexibilidade de horários, trabalhos por tarefas/metras, qualificações subsidiadas pela empresa, etc..).

Um diferencial importante das novas firmas-mutantes é que elas apuram o resultado coletivo das equipes e recompensam por isso, ao contrário do modelo anterior, que avaliava precipuamente os desempenhos individuais. Portanto, as equipes desse novo modelo funcionam quase como um subcontratado externo. É mais uma diferença significativa que modifica o formato das relações de trabalho.

Outra nota distintiva nessa tendência organizacional é o nível especializado dos empregados, de modo que o capital humano e o conhecimento crescem em importância, em relação aos demais tipos de recursos, fazendo com que o poder se disperse mais intensamente nas camadas da organização. Judit Kapas apresenta ainda outros elementos peculiares que caracterizam essa nova estrutura organizacional:

---

4 Uma abordagem bastante completa acerca das redes contratuais é encontrada no estudo de Ricardo Lorenzetti (1999), examinando desde sua finalidade econômica até os diversos efeitos gerados entre as partes e perante terceiros.

A estrutura da equipe tem um profundo impacto na sequência das operações: a tradicional sequência de pesquisa, desenvolvimento, fabricação e marketing está sendo substituída por uma sincronia, uma vez que especialistas de todas essas funções trabalham juntos como um time (Drucker 1988). O papel dos gerentes também mudou: eles exercitam orientação, resolvem situações de conflito e capacitam a comunicação entre as equipes ao invés de diretamente comandarem e controlarem eles (Child and McGrath 2001). As tarefas são definidas de maneira imprecisa em comparação ao formato M (*M-form*), e como consequência o centro corporativo pode tirar vantagem das responsabilidades e do espírito empreendedor das equipes.

[...].

O caráter da especialização também foi modificado (Rajan and Zingales 2000): Enquanto os empregados da firma *Chandleriana* são tecnicamente especializados para a firma, aqueles da nova firmamutante tem capacidades específicas da firma. E mais importante, a autoridade muda de caráter: um alto grau de discricção é garantido aos níveis mais baixos. Como resultado disso, os novos mutantes tendem não somente a serem fortemente descentralizados, mas também fragilmente acoplados. Em resumo, a firma-mutante da Nova Economia tem seus fundamentos mais relacionados a incentivos altamente poderosos, que são frequentemente vistos como 'virtudes' do mercado (KAPAS, 2004, p. 81-82 - tradução nossa).<sup>5</sup>

Logicamente, a utilização dos incentivos fortes encontra limites, na medida em que o gerenciamento superior deve concentrar um grau significativo de poder decisório, em qualquer formato de empresa, mesmo no modelo organizacional baseado em projetos, máxime para preservar a unidade de objetivos e equacionar problemas de maior amplitude.<sup>6</sup>

---

5 The team structure has a profound impact on the sequence of operations: the traditional sequence of research, development, manufacturing, and marketing is being replaced by synchrony since specialists from all these functions work together as a team (Drucker, 1988). The role of managers has also changed: they exercise guidance, manage conflict situations and enable communication among the teams rather than directly commanding and controlling them (Child and McGrath, 2001). Tasks are fuzzily defined compared to the M-form, and as a consequence the corporate centre can take advantage of the teams' entrepreneurship and responsibility. The character of specialization has also been changed (Rajan and Zingales, 2000): while the employees of the Chandlerian firm are technically specialized to the firm, those of the new mutant have firm-specific capabilities. More importantly, authority changes in character: a high degree of discretion is granted to lower levels. As a result, the new mutant form tends to be not only strongly decentralized, but also quite loosely coupled. Briefly, the New Economy's mutant-firm relies more on high-powered incentives that are often seen as 'virtues' of the market (KAPAS, 2004, p. 81-82).

6 Outro motivo que impede um grau excessivo de delegação de poder nas empresas é o problema de agência. Quanto menor o grau de autoridade mantido no topo da firma, maiores são os custos de agência. Os direitos de decisão devem ser delegados em tal maneira que as vantagens da delegação resultem em um melhor uso do conhecimento local, contrabalanceando os custos de delegação (=as

Quanto às formas híbridas, outro tipo de transformação que a Nova Economia intensificou, envolvem uma gama maior de possibilidades de arranjos contratuais, sendo que, mais recentemente, o tema tem se desenvolvido muito no âmbito da ideia de cooperação interfirmas (GRASSI, 2003). Tais formas híbridas podem se desdobrar em uma rede de contratos entre empresas, pode abarcar terceirizações, parcerias estratégicas, franquias, entre tantas outras configurações. Contudo, tanto nos contratos laborais existentes na empresa-mutante da Nova Economia, como naqueles entabulados no bojo das organizações em formas híbridas, o ponto comum é a mudança do paradigma de autoridade, que rompe com o padrão vigorante nos modelos anteriores.

Despontando como um modelo intermediário, não confundível com o sistema de organização em firma (sob qualquer espécie), muito menos com o sistema de mercado, as formas híbridas fundam-se em contratos relacionais e também estão muito presentes na Nova Economia, com tendência de expansão nos anos vindouros.

Dessarte, a marca distintiva das relações jurídicas de trabalho, nas empresas da Nova Economia e também nas estruturas de governança híbridas, é uma maior flexibilidade no conjunto normativo inserto nos respectivos contratos, em geral associada ao emprego intensivo de incentivos positivos.

### **3 A ANÁLISE ECONÔMICA PROJETADA SOBRE AS NOVAS CONFORMAÇÕES DOS CONTRATOS DE TRABALHO**

Adentrando mais na temática dos incentivos, tão fortemente utilizados nas relações laborais integradas às novas modalidades empresariais, interessa notar que, em geral, são combinados com a flexibilização de direitos dos trabalhadores. Um maior grau de disponibilidade de direitos conduz a uma maior aproximação com o paradigma da liberdade contratual. Mas qual o limite para isso, pelo prisma da análise econômica do contrato? O limite se dá pela quantificação dos custos de transação. Quanto maior o afastamento dos contratos de trabalho padrão, possivelmente maior

---

perdas de agência). Direitos de decisão não podem ser totalmente descentralizados, devendo haver equilíbrio, para que as perdas de agência não superem as vantagens (JENSEN; MECKLING, 1992).

será a necessidade de negociação com os trabalhadores, gerando maiores custos de transação. Fernando Araújo, comentando tal flexibilização dos pactos laborais do ponto de vista de sua análise econômica, destaca:

O «limite natural» da flexibilização do quadro jurídico, do aumento de direitos disponíveis, negociáveis, nessa expansão do domínio da prestação de informações, está nesse agravamento dos «custos de transação» – o que, como referimos, só pode ser remediado pela interposição de um extenso «resguardo supletivo», que representa um custo do legislador (se porventura não vigoravam já regras tradicionais), custo de que ficam exonerados os negociadores, quando as negociações devam interromper-se porque o respectivo custo se aproxima já do montante das vantagens que através delas se pode esperar obter. A existência de normas supletivas – incluindo nestas as normas que definem a legitimação e a apropriação – permite, assim, que as negociações terminem muito mais longe do seu ponto de ineficiência máxima do que sucederia se essas normas não existissem; e permite que a empresa possa resguardar-se de um «naufrágio em custos de transação» quando a ordem jurídica opta pela multiplicação dos direitos explicitamente atribuídos aos trabalhadores e pelo incremento da negociabilidade desses direitos – e tudo pode soçobrar nos «braço de ferro» dos «holdouts» (ARAÚJO, 2014, p. 3228-3230).

Portanto, o limite (econômico) da expansão de negociabilidade dos direitos dos trabalhadores é o ponto em que os custos dessas negociações não superem o aumento de eficiência (econômica) gerado pela flexibilidade das obrigações contratadas.

Acontece que a calibragem contratual em matéria juslaboral, lastreada em projeção de eficiência, na conjuntura social vivenciada (repleta de vulnerabilidades e sem perspectiva de melhoria no futuro próximo) é forçosamente sombreada por uma gama de direitos indisponíveis que circundam as relações de trabalho (ARAÚJO, 2014). Ademais, pautar a normatividade do Direito, em todos os seus ramos, pelo critério de eficiência, é uma diretriz que há algum tempo foi superada nos estudos de Direito e Economia, ao se reconhecer que há questões jurídicas que necessariamente precisarão ser analisadas sob outros critérios, em especial sob a ótica da filosofia política e da filosofia moral (SALAMA, 2008).

Luciana Yeung distingue com clareza a análise econômica de direito *pura* da análise econômica viável no campo das relações de trabalho, trilhando justamente a

diferença de enfoque entre a Economia do Trabalho, que estuda as relações laborais na ótica de demanda e oferta, e as ciências sociais, cuja abordagem das mesmas relações funda-se na perspectiva antagônica entre capital e mão de obra:

A Análise Econômica do Direito do Trabalho tenta considerar ambos os lados da visão, e ainda complementar com mais. Ela incorpora características do modelo econômico de demanda e oferta de mão-de-obra e, como uma boa análise econômica, reconhece que trabalhadores e empregadores enfrentam vários tipos de incentivos e restrições que afetam sua tomada de decisão. No entanto, diferentemente da análise econômica pura, também dá importância significativa à formulação, aplicação e execução de regras – contratuais ou regulatórias – na área trabalhista. Reconhece que a relação entre empregadores e trabalhadores não é apenas de vendedor *versus* comprador, e que o trabalho não é uma simples mercadoria, ou uma mercadoria simples. As relações humanas e as relações de poder são muito importantes aqui. Embora a Análise Econômica do Direito *a priori* adote o modelo econômico do mercado de trabalho, ela reconhece que este é um mercado especial, em que as falhas são a norma: as informações são assimétricas (tanto do lado do trabalhador, quanto do lado do empregador), existem externalidades, as negociações e os poderes de barganha são desiguais, existem monopólios e monopsonios, etc. Com tudo isso, há fontes de altos custos de transação e, como a abordagem normativa do Teorema de Coase nos diz, nessas circunstâncias, as regras legais têm um papel importante na determinação dos níveis de eficiência (YEUNG, 2017, p. 904-905)

A lógica da Economia do Trabalho naturalmente prioriza a análise da relação de trabalho por um viés estritamente econômico-racional, abstraindo os elementos distintivos e visualizando trabalhadores e empregadores enquanto agentes econômicos em hipotética situação de paridade, negociando benefícios materiais (BORJAS, 2012). Todavia, a análise econômica dos contratos de trabalho, pela dimensão jurídica da relação, deve considerar que o plexo de direitos indisponíveis estabelecidos em favor dos trabalhadores, sob diversos aspectos (salubridade, segurança, igualdade, etc.), constitui, nas palavras de Fernando Araújo (2014, p. 3224), “um progresso e um adquirido cultural que seria grave pôr-se em causa, ao menos enquanto subsistam vulnerabilidades provocadas pelo próprio mercado.”

Quanto ao papel do juslaboralismo no contexto capitalista contemporâneo, Maurício Godinho Delgado (2006), após explicitar a divergência de objetivos entre aquele e a economia de mercado, voltada à eficiência, à produtividade e ao lucro,

assevera que o Direito do Trabalho tem se afirmado na história como uma racional intervenção da ideia de justiça social, por meio da norma jurídica, no quadro genérico de toda a sociedade e economia capitalista, sem inviabilizar o próprio avanço deste sistema socioeconômico (DELGADO, 2006).

Portanto, não obstante as formas mais modernas de contratualização do trabalho apresentem evoluções positivas para a readequação dessas relações, com vistas a incrementos de eficiência na empresa da Nova Economia e nas formas híbridas contemporâneas, apontando a tendência de contratos dotados de maior abertura e flexibilidade, não se pode perder de vista que permanecerá em evidência a importância e a imperatividade das normas juslaborais que tutelam direitos indisponíveis dos trabalhadores, sendo parcela de tal substrato normativo, ademais, reforçada por ter assento constitucional em diversos ordenamentos jurídicos e vinculação autoevidente com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre tal vetor, é esclarecedora a reflexão desenvolvida por Luís Roberto Barroso, pela qual destaca o viés de valor fundamental da dignidade humana, bem assim a sua função interpretativa, enquanto fatores que auxiliam na compreensão dos limites para a negociação e a flexibilização de direitos dos trabalhadores:

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral como quanto fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. Não é necessário elaborar de modo mais profundo e detalhado a distinção qualitativa existente entre princípios e regras.

[...]

Outro papel principal da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto (o qual, a propósito, não está expresso no texto da Constituição dos Estados Unidos). Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula (BARROSO, 2014, p. 64-66).

Destarte, essa específica parcela do Direito, consistente no arcabouço normativo que protege o núcleo da esfera jurídica dos trabalhadores, representa a consolidação

de avanços civilizatórios históricos, sedimentados como instrumento de realização de justiça social e insuscetíveis de retrocesso, nem mesmo sob o argumento de maximização da eficiência econômica, em sentido lato.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução dos modelos empresariais tem acarretado significativas mudanças nas características das relações de trabalho. Desde o modelo clássico da firma *coaseana*, passando pela empresa multidivisional e chegando até as modalidades mais recentes de governança, *empresa-mutante* da Nova Economia e formas híbridas.

Tais modalidades mais recentes despontam como tendência de configuração empresarial a se consolidar nos próximos anos. Nelas, espelha-se simetricamente a progressiva tendência de alterações na formatação dos contratos de trabalho, máxime pelo acréscimo de fortes incentivos e maior descentralização de autoridade.

Nessa perspectiva para o futuro próximo, sobressai a crescente flexibilização no quadro de direitos dos trabalhadores, a qual, todavia, encontra limites. A primeira limitação deriva da quantificação dos custos de transação, para que o ganho de eficiência gerado pela flexibilização não seja superado por tais custos.

A segunda limitação, ainda mais impositiva, está no imprescindível equilíbrio entre as duas facetas da análise econômica das novas relações de trabalho. O critério de eficiência puramente econômica, acima referido, nada obstante ostente destacada função, é parametrizado pela força normativa do círculo de direitos indisponíveis, muitos deles de matriz constitucional, que tipicamente caracterizam a essência das relações laborais.

#### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. A análise econômica do contrato de trabalho. **Revista do Instituto do Direito do Trabalho**, Coimbra, ano 3, n. 5, p. 3143-3239, 2014.

ARAÚJO, F. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. *In*: TIMM, L. B. (org.). **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97-174.

ARAÚJO, T. C. **Análise econômica do direito no Brasil**: uma leitura à luz da teoria dos sistemas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 399.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BORJAS, G. J. **Economia do Trabalho**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2012.

COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloísa G. B. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COASE, R. H. The nature of the firm. **Economica**, Londres, v. 4, n.16, p. 386-405, nov. 1937.

CHANDLER JR., A. D. **Strategy and Structure**. Cambridge, Mass.: M. I. T. Press. 1962.

D'AVENI, R. **Hypercompetition**: the dynamics of strategic maneuvering. New York: Basic Books, 1994. p. 448.

DELGADO, M. G. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: Ltr, 2006.

FOSS, N. J. "Coase vs Hayek": Authority and Firm Boundaries in the Knowledge Economy". **International Journal of the Economics of Business**, Londres, v. 9, n. 1, p. 09-36, jun. 2002.

GAMONAL, S. Derecho laboral, economía y pseudociencia. **Derecho y Crítica Social**, Santiago, v. 3, n. 1, p. 01-44, ago. 2017.

GRASSI, R. A. Williamson e 'formas híbridas': uma proposta de redefinição do debate. **Economia e sociedade**, Campinas, v. 12, n. 1, p. 43-64, jan./jun. 2003.

HAYEK, F. A. The trend of economic thinking. **Economica**, Londres, n. 40, p. 121-137, may 1933.

JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. Specific and general knowledge, and organizational structure. *In*: WERIN, L.; WIJKANDER, H. (coord.). **Contract in Economics**. Cambridge: Basil Blackwell, 1992, p. 251-274.

JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. Teoria da Firma: Comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 87-125, abr./jun. 2008.

KAPAS, J. Mutant-firms in the New Economy. **Economie et institutions**, Paris, v. 5, n. 2, p. 77-96, 2004.

LORENZETTI, R. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 161-202, 1999.

MENDONÇA, J. V. S. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SALAMA, B. M. O que é Direito e Economia"? In: TIMM, L. B. (Org.). **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-61.

SMITH, A. **A Riqueza das Nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Volume I. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ULEN, T. S. The coasean firm in law and economics. **Journal of Corporate Law**, Iowa City, v. 18, p. 301-331, 1993.

WILLIAMSON, O. E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 1996.

YEUNG, L. L. Análise econômica do direito do trabalho e da reforma trabalhista (LEI Nº 13.467/2017). **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 891-921, fev. 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227>. Acesso em: 2 jun. 2020.

ZENGER, T. R. "Crafting Internal Hybrids: Complementarities, Common Change Initiatives, and the Team-Based Organization". **International Journal of the Economics of Business**, Londres, v. 9, n. 1, p. 79-95, jun. 2002.

## LIBERDADE MONITORADA: UMA ALTERNATIVA À CRIMINALIDADE PARA PRESOS DO REGIME SEMIABERTO?

*MONITORED FREEDOM: AN ALTERNATIVE TO CRIME FOR PRISONERS OF THE SEMI-OPEN REGIME?*

*LIBERTAD VIGILADA: ¿UNA ALTERNATIVA AL CRIMEN PARA LOS PRESOS DEL RÉGIMEN SEMIABIERTO?*

**Matheus Severo Donadel<sup>1</sup>**

**Raphael Urbanetto Peres<sup>2</sup>**

### RESUMO

Trata-se de uma pesquisa realizada no ramo do Direito Penal. Tal pesquisa objetivou transmitir algumas dificuldades que afetam o sistema carcerário nacional, apresentando o monitoramento eletrônico como uma possível alternativa para o desafogamento carcerário e a degradação social do apenado frente aos problemas prisionais. Também se apontou que o monitoramento eletrônico é uma ferramenta nova no controle prisional, situação que cominou na edição da Resolução n. 412, pelo Conselho Nacional de Justiça, visando regulamentar a aplicação deste dispositivo pelos órgãos do sistema penal. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, onde iniciou-se perante as análises e considerações sobre a implementação do monitoramento eletrônico de forma mundial, posteriormente analisou-se a aplicação em caráter nacional, tendo por fim a análise e a eficácia do monitoramento eletrônico de forma regional. Já o método de procedimento foi preparado através de pesquisas na doutrina e legislação vigente, inerentes ao problema abordado. Em conclusão, pode-se informar que o sistema de monitoramento eletrônico é uma ferramenta que, quando trabalhada em conjunto com outras, promoverá de forma mais satisfatória a reinserção do apenado na sociedade.

**Palavras-chave:** monitoramento eletrônico; resolução n. 412 CNJ; ressocialização; sistema carcerário brasileiro.

---

1 Acadêmico(a) do Curso de Direito da Faculdade Metodista Centenário. Endereço eletrônico: matheus-donadel@cbm.rs.gov.br.

2 Professor Ms. Raphael Urbanetto Peres. Endereço eletrônico: raphael.peres@centenario.metodista.br.

## ABSTRACT

This is research carried out in the Criminal Law's field. This research aimed to convey the problems of the national prison system, presenting electronic monitoring as a possible alternative for the relief and decontamination of the prisoner in view of the problems found inside a prison. Electronic monitoring was also pointed out as a tool that generates insecurity as to the treatment of data obtained from its use, because if used inappropriately will result in a violation of the inmates' privacy, a situation that ended up in the edition of the Resolution n. 412, by the National Council of Justice, aiming to regulate this dispositive application by the criminal system organs. For this purpose, the deductive approach method was used, which began with the analysis and considerations on the implementation of electronic monitoring worldwide, then the national application was analysed, with the aim of electronic monitoring's analysis and the effectiveness in a regional form. The procedure method was prepared through research on current doctrine and legislation, inherent to the problem addressed. In conclusion, it may be stated that the electronic monitoring system is a tool that, when worked together with others, it will more satisfactorily promote the reinsertion of the convict in Society.

**Keywords:** electronic monitoring; resolution n. 412 CNJ; resocialization; brazilian prison system.

## RESUMEN

Se Se trata de una investigación realizada en el ámbito del Derecho Penal. Esta investigación tuvo como objetivo transmitir algunas dificultades que afectan al sistema penitenciario nacional, presentando el monitoreo electrónico como una posible alternativa para el deshojamiento penitenciario y la degradación social del interno ante los problemas carcelarios. Asimismo, se señaló que el monitoreo electrónico es una nueva herramienta en el control penitenciario, situación que consta en la edición de la Resolución N° 412, del Consejo Nacional de Justicia, con el objetivo de regular la aplicación de este dispositivo por parte de los órganos del sistema penal. Por lo tanto, se utilizó el método de enfoque deductivo, donde se inició antes de los análisis y consideraciones sobre la implementación del monitoreo electrónico de manera global, posteriormente se analizó la aplicación a nivel nacional, con el fin del análisis y efectividad del monitoreo electrónico de manera regional. El método de procedimiento se elaboró mediante la investigación sobre la doctrina y la legislación vigentes, inherentes al problema abordado. En conclusión, se puede informar que el sistema de monitoreo electrónico es una herramienta que, cuando se trabaja junto con otros, promoverá de manera más satisfactoria la reinserción de la inprisión en la sociedad.

**Palabras clave:** monitoreo electrónico; resolución n. 412 CNJ; resocialización; sistema penitenciario brasileño.

Data de submissão: 16/02/2022

Data de aceite: 10/05/2022

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar monitoramento eletrônico de presos do regime semiaberto como ferramenta de combate à criminalidade. De forma mais categórica, a pesquisa abordará a implementação dos dispositivos do monitoramento eletrônico em presos do regime semiaberto no âmbito do estado do Rio Grande do Sul servindo como instrumentos (in)capazes no combate à criminalidade.

Busca-se explorar o uso do monitoramento eletrônico como alternativa à criminalidade de presos do regime semiaberto, conceituado o monitoramento eletrônico e sua aplicabilidade, identificando os índices de criminalidade de presos do regime semiaberto no estado do Rio Grande do Sul (RS). Ainda, elabora-se comentários sobre a edição da Resolução de n. 412 do Conselho Nacional de Justiça, a qual visa estipular protocolos e diretrizes quanto ao uso do monitoramento eletrônico e ao tratamento dos dados obtidos por este meio.

Correlaciona-se a implementação do monitoramento eletrônico em presos do regime semiaberto servindo como instrumento no combate à criminalidade.

O presente trabalho desenvolve-se sobre dados da criminalidade, em especial aos relacionados com os presos do regime semiaberto estado do Rio Grande do Sul, os quais evidenciam a relação entre a implementação do uso do monitoramento eletrônico e a criminalidade.

Justifica-se a pertinência do presente trabalho por enfrentar um problema social grave, buscando alternativas ao combate à criminalidade.

Para realização da presente pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo, uma vez que partiu das análises e considerações sobre a implementação do monitoramento eletrônico no mundo, em seguida analisou-se a aplicação em âmbito nacional, para ao final expor, com base nos dados obtidos, a eficácia do monitoramento eletrônico de forma regional. Por outro lado, o método de procedimento utilizado foi o monográfico, realizando-se através de pesquisas doutrinárias e legislativas inerentes ao problema de pesquisas deste trabalho.

## 2 SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SEU SURGIMENTO E IMPLEMENTAÇÃO

O monitoramento eletrônico foi criado no início dos anos 60, passando a popularizar-se somente nos anos 80, possuindo seu cerne nos Estados Unidos. O primeiro dispositivo de monitoramento foi desenvolvido pelos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel nos anos 60, tendo como ideia central a implantação de um artefato tecnológico de vigilância em pessoas com problemas sociais, o que poderia alcançar qualquer um, mais tarde o dispositivo de monitoramento eletrônico popularizou-se com o juiz Jack Love, do Estado do Novo México (EUA), que, segundo relatos teve sua inspiração se dado ao ler uma edição de “Amazing Spider Man”, na qual o rei do crime havia prendido um bracelete ao Homem-Aranha a fim de monitorar seus deslocamentos (PRUDENTE, 2011). O Juiz Love, inicialmente, testou um bracelete em seu próprio braço, sentenciando em 1983 o primeiro criminoso a usar o monitoramento eletrônico, a partir deste momento, vários outros Estados americanos começaram a usá-lo (BURRI, 2011), em seguida, aos poucos, o sistema foi conquistando mais adeptos como Canadá, Inglaterra, Portugal, Itália, entre outros países.

No Brasil o monitoramento é algo bem mais recente, sendo implantado apenas a partir do ano de 2010, com o advindo da Lei 12.258<sup>3</sup> de 15 de junho daquele mesmo ano, a qual possibilitou a implementação do monitoramento eletrônico nos casos do regime semiaberto e de prisão domiciliar, inserindo tal disposição no Art. 146-B da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984)<sup>4</sup>, além das hipóteses de medida cautelar (Art. 319, IX, CP) e como medida protetiva, nos casos de violência domésticas e familiar previstos na Lei 11.340/06 (Art. 9º, § 5º).

No entanto, um pouco antes das hipóteses acima, no ano de 2007, em Guarabira, município do Estado da Paraíba, o magistrado Bruno César Azevedo

---

3 LEI Nº 12.258, DE 15 DE JUNHO DE 2010 Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 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.

4 Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; IV - determinar a prisão domiciliar;

Isidro, por iniciativa própria, foi o pioneiro no uso de monitoramento eletrônico em detentos no país, conforme expõe Naiara Antunes Della-Bianca:

O sistema foi utilizado pela primeira vez no Estado da Paraíba, precisamente em Guarabira. A ideia de utilizar o revolucionário monitoramento eletrônico dos presos surgiu no ambiente acadêmico, após discussões em sala de aula, quando o juiz da Vara de Execuções Penais daquela Comarca, o Dr. Bruno César Azevedo Isidro, resolveu experimentar em apenados o monitoramento eletrônico. (DELLA-BIANCA, 2011, p. 02).

Após o marco da Lei 12.258/10, os sistemas de monitoramento eletrônico passaram a serem mais usados, tendo em vista a sua capacidade para vigiar em tempo real os monitorados, se tornando um excelente instrumento de controle, com suas finalidades bem definidas: evitar a superpopulação carcerária e com isso evitar também todos os malefícios decorrentes do aprisionamento para o indivíduo, como exemplo o surgimento de doenças físicas e mentais, além da propagação criminal, que talvez seja o maior dos desafios do sistema prisional.

Para efetivação do monitoramento eletrônico, basicamente, são organizados dois conjuntos: o *front-door system* e o *back-door system*. A forma mais habitual é a do sistema *front-door*, que se concretiza pelo impedimento do condenado ao ingresso no cárcere, atuando como pena principal ou como uma alternativa para a pena privativa de liberdade, sendo empregado, por exemplo, nos casos de prisão domiciliar. Por sua vez, o sistema *back-door* dedica-se a tentativa de reduzir o tempo de encarceramento do apenado, sem que isso implique na redução da sua pena, ou seja, simplesmente acaba substituindo o restante do cumprimento da pena privativa de liberdade pelo monitoramento eletrônico, sendo este o modelo de vigilância adotado no Brasil (BURRI, 2011), pois, apresenta como elementar finalidade a de reinserção gradual do condenado à comunidade.

Sobre o uso do monitoramento eletrônico, Neemias Moraes Prudente explica:

O monitoramento eletrônico consiste, em regra, no uso de um dispositivo eletrônico pelo “criminoso” (não necessariamente apenas os efetivamente condenados, bastando que figurem como réus em um processo penal condenatório), que passaria a ter a liberdade (ainda que mitigada ou condicionada) controlada via satélite, evitando que se distancie ou se aproxime de locais predeterminados. Esse dispositivo indica a localização exata do indivíduo a ela atado, uma vez que o sistema permite saber, com precisão, se a área delimitada está sendo obedecida. Isso possibilita o registro de sua movimentação pelos operadores da central de controle. (PRUDENTE, 2012, p. 139).

Tendo como escopo social a reinserção gradual do condenado à comunidade, o monitoramento eletrônico possibilita ao preso ter a sua reinserção social de forma antecipada. Entretanto, essa antecipação requer o cumprimento de algumas exigências dispostas em legislação, as quais serão determinadas pelo juiz da execução. O art. 124 da Lei de Execução Penal<sup>5</sup> traz condições para o que o preso tenha direito à saída temporária. Além do mais, o texto normativo da referida lei<sup>6</sup> dispõe uma série de deveres, que, quando violados podem acarretar a revogação do monitoramento eletrônico, por parte do magistrado.

Levando-se em consideração todos os direitos e deveres inerentes ao detento brasileiro, acentua-se que cada país adota o sistema de vigilância que lhe é mais adequado, com base na análise de seus índices de criminalidade e de suas realidades prisionais, fazendo do monitoramento eletrônico uma importante ferramenta, ora com objetivo de evitar a entrada do criminoso ao sistema carcerário (*front-door*), ora objetivando a diminuição do tempo restante para o cumprimento da pena (*back-door*), ambos com finalidade de minimizar a degradação social de um condenado com o sistema prisional.

Na tentativa de realizar o processo de ressocialização do apenado através de um sistema que se encontrava em ascensão (monitoramento eletrônico), foi necessário preparar-se, encarar a realidade carcerária, em especial no tocante ao regime semiaberto, onde os condenados estão em suas residências, já que,

---

5 Art. 124. § 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado: I – fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; II – recolhimento à residência visitada, no período noturno; III – proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.

6 Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; III – (VETADO); Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: I – a regressão do regime; II – a revogação da autorização de saída temporária; VI – a revogação da prisão domiciliar; VII – advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo. Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada: I – quando se tornar desnecessária ou inadequada; II – se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

diferentemente do que prevê a lei, não há colônias penais suficientes e as poucas existentes viraram autênticas Casas do Albergado, ou seja, o preso sai de manhã para trabalhar e volta no fim do dia<sup>7</sup>.

### 3 O REGIME SEMIABERTO A LUZ DO CÓDIGO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

O sistema carcerário brasileiro vive uma situação criticável, sofrendo com a superlotação, com um sistema estrutural falido, com a cultura punitivista, dentre outros problemas que corroboram para tal situação. Por isso, apesar de ser relativamente novo em âmbito nacional, o monitoramento eletrônico tem-se mostrado necessário para enfrentamento destas situações. Sobre a necessidade da implementação de novas alternativas às penas de encarceramento César Roberto Bittencourt já lecionava:

Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco na humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados. A reformulação do sistema surge como uma necessidade inadiável e teve seu início com a luta de Von Liszt contra as penas curtas privativas de liberdade e a proposta de substituição por recursos mais adequados. Nas alternativas inovadoras da estrutura clássica da privação de liberdade há um variado repertório de medidas, sendo que algumas representam somente um novo método de execução da pena de prisão, mas outras constituem verdadeiros substitutivos. A exigência, sem embargo, de novas soluções não abre mão da aptidão em exercer as funções que lhes são atribuídas, mas sem o caráter injusto da sanção substituída. (BITTENCOURT, 2002, p. 442-443).

O cumprimento das penas privativas de liberdade se dá de forma progressiva, onde o apenado para ter direito deverá cumprir o requisito temporal objetivo - um período de pena no regime atual, e o requisito subjetivo, que é o bom comportamento carcerário. Além disso, a pena possui um caráter preventivo e reeducativo, tendo como intenção a punição do mal injusto causado à vítima e à sociedade, executando desta forma suas finalidades frente ao infrator.

Por sua vez, regime prisional é uma nomenclatura dada, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ao tipo de cumprimento de pena imposta pela justiça

---

7 Encarceramento em massa e distorção de dados: a verdadeira política criminal no Brasil – Guilherme Nucci

para àqueles que cometeram algum crime. Os regimes dispostos na legislação nacional são três, a saber: fechado, semiaberto e aberto, conforme bem dispõe o art. 33 do Código Penal<sup>8</sup>.

O regime semiaberto, tema deste trabalho, encontra amparo legal nos artigos 37<sup>9</sup> e 122<sup>10</sup>, ambos da Lei de Execução Penal, os quais estabelecem que o condenado terá direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior, ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno. Sobre o trabalho externo Luiz Régis Prado aduz:

Aqui, no regime semiaberto, o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado. Este, o serviço externo, pode ser o penúltimo estágio de preparação para o retorno do apenado ao convívio social. O próximo e derradeiro passo será o livramento condicional. (PRADO, 2012, p. 655).

Por ser um sistema mais flexível, onde há possibilidade de o detento sair para trabalhar, o regime semiaberto é uma moderação defronte aos demais regimes, visto que o apenado não contará com uma vigilância exclusivamente de forma presencial e tem a possibilidade de executar suas tarefas fora do ambiente carcerário. Sobre essa figura de regime, Júlio Fabbrini Mirabetti assim a idealiza:

Diante da legislação brasileira, que destinou os estabelecimentos de segurança média para os condenados que cumprem a pena em regime fechado (penitenciárias), a prisão semiaberta deve estar subordinada apenas a um mínimo de segurança. Nela, os presos devem movimentar-se com relativa liberdade, a guarda do presídio não deve estar armada, a vigilância deve ser discreta e o sentido de responsabilidade do preso enfatizado. (MIRABETTI, 2004, p. 274).

---

8 Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

9 Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

10 Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Como existe uma maior liberdade em relação ao regime fechado, há também um equilíbrio entre as preocupações com a segurança e a confiança outorgada ao condenado, porque o regime semiaberto caracteriza-se exatamente por um espaço de liberdade que é despreocupado com as medidas físicas impeditivas da fuga, seja em razão do tipo de estabelecimento em que se cumpre a pena, seja pelo direito de saída possível de ser concedido (REALE JÚNIOR, 2009. p. 343.).

Nesse prisma, o regime semiaberto surgiu como uma espécie de redenção, visando não aumentar a superlotação dos presídios – já que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do planeta, atrás somente dos Estados Unidos e da China (WORLD PRISION BRIEF, 2022), além de possuir o apenado sobre a constância vigília do Estado.

Apesar de ser caracterizado por tantas vantagens, o sistema progressivo de cumprimento de pena mostra-se ineficaz. O Código Penal (art. 33) prevê três degraus de progressão, sendo adequado para o regime semiaberto “*a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar*” (CP, art. 33, § 1º, b). Entretanto, esse sistema foi abandonado pelo aplicador e, de forma muito mais gravosa, em determinado momento chegou-se ao ponto dos presos provisórios, dos regimes semiaberto e aberto, estarem sendo mantidos nos mesmos estabelecimentos que os presos em regime fechado. Essa situação que ocasionou na edição da Súmula Vinculante nº 56 do STF<sup>11</sup>, expondo uma triste realidade que vive o sistema prisional, onde a pena privativa de liberdade é, semelhante aos moldes adotados no século XIX, aplicada indiscriminadamente (JAPIASSÚ, 2007).

Atualmente, apesar de aplicado de forma distinta ao que está disposto na legislação, o regime semiaberto contribuiu para a diminuição dos números população carcerária, conforme apresentado na figura 1.

---

<sup>11</sup> A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS

Figura 1 — Crescimento Populacional



Fonte: Elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2022).

Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJILTIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQONGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThIMSJ9.>

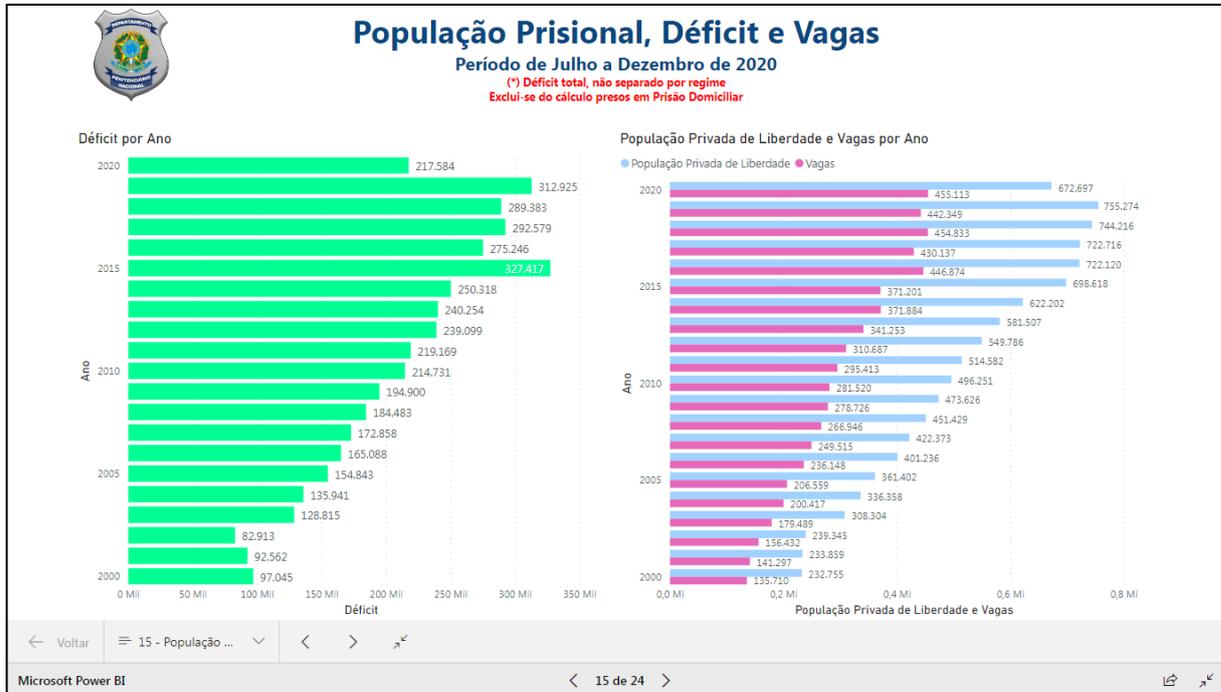
Ressalta-se que essa queda se dá, em especial no último ano, pelo fato das prisões domiciliares não serem computadas e pelo disposto na Recomendação nº 62<sup>12</sup> do CNJ, a qual certifica a prioridade na saída antecipada do regime mais gravoso para as gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos, idosos, indígenas, pessoas deficientes ou que se enquadrem no grupo de risco. Já, de outro lado a Recomendação nº 78<sup>13</sup> do mesmo Conselho, dispõe que pessoas acusadas de corrupção, lavagem de dinheiro, crimes hediondos e violência doméstica não poderão ser beneficiadas com a revisão da prisão provisória ou do regime de cumprimento de pena.

12 <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>

13 <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3480>

Como consequência das Recomendações do CNJ, houve também uma redução no déficit de vagas nos presídios, como apresentado na figura 2.

**Figura 2 — População Prisional, Déficit e Vagas**



**Fonte:** Elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2022).

Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoic2ZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJILTIiOUIwIjZyYyY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmYyLTRiOGRhNmJmZThiMSJ9>

Diante destas referências, percebe-se uma melhora em relação aos últimos anos, muito em virtude das políticas públicas que tentam minimizar o contato do apenado com demais presos, em especial, com aqueles que cometem crimes de alta reprovabilidade. Entretanto, será que essa melhora representa de fato a efetivação de um modelo ultrapassado de prisão e de confirmar que a finalidade educativa e preventiva da pena está sendo cumprida? Eis uma questão que ainda não se tem uma resposta factual, pois a busca por sua finalidade é incansável e, de certo modo, utópica.

Nessa matriz prisional surgiu um grande campo aberto para a consolidação do sistema de monitoramento eletrônico, o qual se torna a combinação perfeita com o regime semiaberto para tentar sepultar o impiedoso sistema carcerário, o qual sofre com as críticas sobre a sua gestão de modelo há muito tempo. Conforme destaca

FOUCAULT (2012, p. 234), “As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta”.

#### 4 INTRODUÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E OS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE DE PRESOS DO REGIME SEMIABERTO

Há diferentes formas de vigilância<sup>14</sup> eletrônica usadas em âmbito mundial para substituir ou minimizar as penas de prisão – em geral as privativas de liberdade – no Rio Grande do Sul o equipamento adotado foi o da tornozeleira eletrônica, assim como na maioria dos Estados. Salienta-se que uso do microchip está em ascensão, visto que é um equipamento mais discreto, com menor demanda para os órgãos do sistema judiciário, além de ser uma ferramenta que é favorável no combate à discriminação do preso.

Alguns Estados, com base em experiências estrangeiras, já tinham introduzido em suas áreas jurisdicionais o controle à distância dos presos, de forma experimental, antes mesmo do adendo da legislação que normatizou o uso deste dispositivo de monitoramento em âmbito nacional (Lei 12.258/10). No Rio Grande do Sul, o instituto do monitoramento eletrônico de presos foi iniciado em maio de 2013, porém, de forma antecipada, através da sanção da Lei 13.044 de 30 de setembro de 2008, já existia um projeto<sup>15</sup> para uso deste dispositivo, tendo suas possibilidades de aplicação descritas no art. 1<sup>o</sup><sup>16</sup> da legislação originária (DECKERT, 2017).

---

14 Atualmente, existem quatro opções técnicas de monitoramento eletrônico, que podem ser adaptadas à pessoa em forma de:

- a) pulseira;
- b) tornozeleira;
- c) cinto; e
- d) microchip (implantado no corpo humano).

15 Segundo Campello, o projeto do RS iniciou com quatro apenados e se prologou até o ano de 2010, quando já contava com um número de 122 indivíduos.

16 Art. 1º - Esta Lei estabelece normas suplementares de direito penitenciário, regula a utilização da vigilância eletrônica e dá outras providências para a fiscalização do cumprimento de condições fixadas em decisão judicial que: I - determine a prisão em residência particular; II - aplique a proibição de freqüentar determinados lugares; III - conceda o livramento condicional, progressão para os regimes semi-aberto e aberto, autorize a saída temporária do estabelecimento penal, sem vigilância direta, a prestação de trabalho externo.

Sobre a ponderação das legislações — estadual e federal — que tratam do instituto do monitoramento eletrônico, Janaina Oliveira e Rodrigo Azevedo tecem uma breve análise:

Analisando-se a Lei estadual n. 13.044/08 e a Lei federal n. 12.258/10, enfatiza-se a observação de que a previsão contida na primeira é mais ampla e confronta com aquela referente à lei federal e, partindo-se do pressuposto de que a última é a norma geral a ser observada, descabida a expansão do uso pela lei estadual. (OLIVEIRA; AZEVEDO, 2011, p. 11).

Com a edição da Lei 12.258/10, todas as leis estaduais já sancionadas que deliberavam sobre o monitoramento eletrônico passaram a ser inconstitucionais consoante o entendimento do art. 22, I da Constituição Federal de 1988 “compete privativamente à União legislar sobre direito penal”.

No Estado gaúcho, para determinar o perímetro de circulação dos monitorados, após a implementação dos dispositivos, foi adotado o sistema de Zona Casa e Bairro. A primeira corresponde ao perímetro próximo à residência do monitorado, onde este não poderá afastar-se nos períodos noturnos e em horários preestabelecidos. Já a Zona Bairro é o raio em que o monitorado possui liberação para circular, desde a sua residência até o local estabelecido pelo judiciário, geralmente esse raio é de 300m (trezentos metros)<sup>17</sup>, mas nada impede que essa distância possa ser alterada, por pedido do próprio monitorado, por exemplo, para ir à igreja, ao trabalho; ou poderá ser alterado como uma medida de segurança, restringindo ainda mais o local preestabelecido, como exemplo nos casos previstos na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), ou caso de violações do aparelho.

Segundo dados do Instituto Penal de Monitoramento Eletrônico da 2ª Região da Superintendência de Serviços Penitenciários – DME/SUSEPE, em 2017 existiam 2.144 (dois mil cento e quarenta e quatro) monitorados, por sua vez, no primeiro semestre de 2021 esse número saltou para 6.504 (seis mil quinhentos e quatro) monitorados. Constata-se que houve um aumento significativo quando comparado com o mesmo período do ano de 2020, onde no RS havia 4.998 (quatro mil

---

17 <https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202010/13134843-manual-2020-interativo.pdf>

novecentos e noventa e oito) presos com o monitoramento eletrônico, conforme apresentado na figura 3.

**Figura 3 — População prisional em monitoramento eletrônico**



**Fonte:** Elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2022).

Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZGE1MzNmOWQtNTQyMy00NDJmLWEyNTYtZDMwZjNhM2IyYWI4IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThIMSJ9>

Observa-se que cerca de 69% (sessenta e nove por cento) da população carcerária do período estava no regime semiaberto, contribuindo para a efetivação, ao menos nos dados, da reinserção social do apenado – como já expressado em momento anterior, convalidando o quanto que esse regime (semiaberto) mostra-se adequado para utilização do dispositivo eletrônico.

De forma substancial, acentua-se que com o decorrer da última década ocorreu um aumento significativo nos índices de criminalidade, ocasionando uma elevada exponencial da população carcerária (figura 1) no Rio Grande do Sul, que além de implicar em um desrespeito à individualização da pena, já que condenados de diferentes graus de periculosidade habitam uma mesma área, implicou também em um alto índice de reincidência e demonstrou uma ineficácia da pena de prisão na forma de privação da liberdade.

Segundo o levantamento nacional de informações penitenciárias, realizado no primeiro semestre de 2020 pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o número total de presos e monitorados eletronicamente do sistema penitenciário brasileiro é de 759.518. A taxa de aprisionamento caiu no primeiro semestre do ano, em relação a 2019, de 359,40% para 323,04%, juntamente com o déficit de vagas<sup>18</sup>. Com base nesses números não é difícil compreender o porquê da falência do sistema carcerário, que além de superlotado, sofre ainda com a desestruturação.

O sistema penal brasileiro é falho, como bem destaca Aury Lopes Júnior, que denomina esse processo de autofagia deste sistema:

O sistema penal é autofágico. Ele se alimenta de si mesmo. Primeiro vem a exclusão (econômica, social etc.), depois o sistema penal seleciona e etiqueta o excluído, fazendo com que ele ingresse no sistema penal. Uma vez cumprida a pena, solta-o, pior do que estava quando entrou. Solto, mas estigmatizado, volta às malhas do sistema, para mantê-lo vivo, pois o sistema penal precisa deste alimento para existir. É um ciclo vicioso que só aumenta a exclusão social e mantém a impunidade dos não excluídos (mas não menos delinquentes).

Diante de todo este cenário, encontra-se a figura dos equipamentos de monitoramento eletrônico, que já se consolidaram no universo carcerário em nível mundial, além disso, apresentam uma grande vantagem em relação ao sistema de regime semiaberto tradicional. Enquanto o aluguel mensal de uma tornozeleira eletrônica por preso é de R\$ 260 (duzentos e sessenta reais), uma vaga no semiaberto custa aos cofres do Estado em torno de R\$ 1.500,00<sup>19</sup> (mil e quinhentos reais) por mês, resultando assim em um crescimento vertiginoso do uso dos dispositivos eletrônicos.

O atual sistema carcerário não é eficaz ao ponto de impedir ou minimizar a reincidência dos apenados, é, justamente, o oposto do que se espera, o sistema acaba provocando danos físicos e psíquicos aos detentos. Com a implementação da Lei 12.258/10 é que surge de forma mais definida, a ideia de desafogar o sistema

---

18 <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-dados-do-sisdepen-do-primeiro-semester-de-2020>

19 [http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod\\_menu=142&cod\\_conteudo=267](http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=142&cod_conteudo=267)

carcerário e oferecer ao apenado uma medida alternativa à prisão, buscando assim uma alternativa menos cruel e mais efetiva para a ressocialização do apenado.

Ademais, a sociedade está em constante evolução e o Direito, como fenômeno social, busca acompanhar essa metamorfose, justamente com esse viés é que, recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução n. 412/2021, regulando os procedimentos e diretrizes para a aplicação e o acompanhamento, pelo Judiciário, da monitoração eletrônica de pessoas presas.

Dentre os temas deliberados na Resolução, a finalidade de reinserção social ficou bem evidente, conforme revelou o disposto no Art. 8<sup>o</sup><sup>20</sup>, causas em que o magistrado levará em conta as circunstâncias socioeconômicas, bem como as condições físicas, mentais e culturais para aplicação diversa e menos gravosa que monitoramento eletrônico. Outro ponto em destaque da Resolução n. 412 é o estabelecido no seu Art. 13<sup>21</sup>, onde, claramente fica demonstrada a preocupação com a adoção de padrões adequados de segurança, sigilo, proteção e uso dos dados das pessoas monitoradas e de terceiros.

A edição desta Resolução veio em momento oportuno, pois, ante todo avanço legal, sobretudo, no aspecto da Lei Geral de Proteção de Dados, que calhou em uma fragmentária lacuna, com incertezas jurídicas e falta de protocolos, a normativa trouxe protocolos e diretrizes, pautadas em tutelas de direitos humanos, visando a segurança jurídica para o monitoramento eletrônico e o tratamento dos dados gerados por esse sistema.

---

20 Art. 8º A medida de monitoramento eletrônico buscará assegurar a realização de atividades que contribuam para a inserção social da pessoa monitorada, especialmente:

- I – estudo e trabalho, incluindo a busca ativa, o trabalho informal e o que exige deslocamentos;
- II – atenção à saúde e aquisição regular de itens necessários à subsistência;
- III – atividades relacionadas ao cuidado com filhos e familiares; e
- IV – comparecimento a atividades religiosas.

21 Art. 13. Os dados coletados durante o acompanhamento das medidas de monitoramento eletrônico possuem finalidade específica, relacionada ao cumprimento das condições estabelecidas judicialmente, podendo ser utilizados como meio de prova para apuração penal e estando, de qualquer forma, abrangidos pelo direito previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal e legislação de proteção de dados pessoais.

## 5 CONCLUSÃO

Inicialmente, cumpre destacar a pesquisa apresentada buscou retratar e destacar as carências do sistema prisional, especialmente no que se refere ao controle e aos dados de criminalidade dos presos monitorados de forma eletrônica.

O monitoramento eletrônico é uma forma de liberdade monitorada, instrumento usado para mitigar a superlotação e os riscos carcerários. É um modelo que o Estado buscou para efetivar o cumprimento da pena e instigar a reinserção do apenado na sociedade. Acrescenta-se a isto o custo-benefício do sistema de monitoramento eletrônico, que comparado ao da custódia dos presos em estabelecimento prisional, demonstrou-se mais sustentável para os cofres dos Estados.

Em face dos dados apresentados é possível depreender que a população carcerária diminuiu no último ano, sugestiona-se que esse fato ocorreu após o aumento do uso monitoramento eletrônico. Apesar dos números, este resultado ainda não é o ideal, haja vista todas as carências em torno das prisões.

Ainda, é sedimentar expor que a política penal do monitoramento eletrônico, por si só, não é uma ferramenta capaz de solucionar os problemas da criminalidade, no entanto, a possibilidade do acolhimento social e das oportunidades geradas ao preso, colaboram para que os índices de criminalidade atingissem os menores números da última década, conforme os dados expostos do Estado do Rio Grande do Sul que “depois de alcançar em 2019 os mais baixos índices de criminalidade da década, o governo do Rio Grande do Sul, conforme divulgou nesta quinta-feira (14/1), consolidou no ano passado a menor taxa de homicídios para cada 100 mil habitantes desde 2010”<sup>22</sup>.

O direito é uma área que se modifica na medida em que a sociedade muda, empenhando-se em acompanhar a sua evolução, se relacionando temporalmente com os contextos sociais, políticos e morais da sociedade, em razão disto é que se editou a Resolução n. 412, a qual busca reduzir os atos processuais para os

---

<sup>22</sup><https://estado.rs.gov.br/em-dois-anos-de-governo-rs-consolida-menor-taxa-de-homicidios-por-100-mil-habitantes-desde-2010>

magistrados, trazendo economia de recursos financeiros e humanos para os órgãos operadores do sistema de monitoração e, principalmente, resguardar e garantir os direitos fundamentais da pessoa monitorada.

Por fim, apesar de não ser o mais eficiente, tampouco o mais correto aos olhos da sociedade, o sistema de monitoramento eletrônico é o que mais se aproxima da finalidade reeducativa da pena, pois é através dele que se tem proporcionado ao preso voltar ao convívio social, ofertando-lhe a oportunidade de estar ao lado da sua família, provendo, mediante o seu trabalho, o sustento de todos e ao mesmo tempo permanecendo sob a custódia do Estado, gerando um fator benéfico e eficaz na função ressocializadora da pena.

## REFERÊNCIAS

BARELLA, Fernanda. Execução Penal: **A ressocialização através do monitoramento eletrônico no Estado do Rio Grande do Sul**. Jusbrasil, [S.I.], 2016. Disponível em:

<https://nandabarella.jusbrasil.com.br/artigos/559495818/execucao-penal-a-ressocializacao-atraves-do-monitoramento-eletronico-no-estado-do-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 04 jun. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BURRI, Juliana. O monitoramento eletrônico e os direitos e garantias individuais. **Revista dos Tribunais**, v.100, n. 904, fev. 2011.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 9 mai. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: período de julho a dezembro de 2020. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJILTIOWltZjYwY2ExZjBiMWNmliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 08 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, 1984. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm). Acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm). Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciária Federal. **SISDEPEN**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 25 mai. 2021.

CARDOSO, Clarissa Medeiros. **Notas sobre o monitoramento eletrônico no Brasil**. Florianópolis, 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/notas-sobre-o-monitoramento-eletr%C3%B4nico-no-brasil>. Acesso em: 17 mai. 2021.

CARVALHO, Jean Alan de Araújo. **Monitoramento eletrônico no Brasil**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Monografias-TCC-Teses-E-Book/24523/monitoramento-eletronico-no-brasil>. Acesso em: 17 mai. 2021.

DECKERT, Claudia. **O monitoramento eletrônico no estado do Rio Grande do Sul**. 2017. 58f. TCC (especialização) - Universidade Federal de Santa Catarina. Campus Araranguá. Tecnologias da Informação e Comunicação aplicadas à Segurança Pública e Direitos Humanos. Araranguá, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/181435>. Acesso em: 04 jun. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL — DPERS. Assessoria de Comunicação Social da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul — ASCOM. **Manual da Liberdade**. 3. ed. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202010/13134843-manual-2020-interativo.pdf>. Acesso em: 03 Dez. 2021.

DELA-BIANCA, Naiara de Antunes. **Monitoramento eletrônico dos presos. Pena alternativa ou medida auxiliar de execução da pena?**. 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 40. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 170, jan. 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel Reale. **Instituições de direito penal**: parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Crise no sistema penitenciário brasileiro: o monitoramento eletrônico como medida de execução penal.** Campo dos Goytacazes, 2009. Disponível em:

[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2913.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2913.pdf)  
. Acesso em: 16 mai. 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal.** 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

OLIVEIRA, Janaina Rodrigues; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 9, n. 5, p. 11, 17 jun. 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Sozinho mas não esquecido:** uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de infratores. *O Monitoramento Eletrônico em Debate.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. GOVERNO DO ESTADO. **Em dois anos de governo, RS consolida menor taxa de homicídios da década.** Disponível em:

<https://estado.rs.gov.br/em-dois-anos-de-governo-rs-consolida-menor-taxa-de-homicidios-por-100-mil-habitantes-desde-2010>. Acesso em: 07 jun. 2021.

SUSEPE. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 24 nov. 2021.

WORLD PRISON BRIEF. Institute for Criminal Policy Research. **Highest to Lowest: Prison Population Total.** Londres, 2021. Disponível em:

[https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=AI](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=AI). Acesso em: 22 nov. 2021.

## OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: A VIOLÊNCIA DO ESTADO E AS FORMAS DE RESISTÊNCIA

*INDIGENOUS PEOPLES IN BRAZIL: STATE VIOLENCE AND FORMS OF RESISTANCE*

*PUEBLOS INDÍGENAS EM BRASIL: VIOLENCIA DE ESTADO Y FORMAS DE RESISTENCIA*

Karine Montanari Migliavacca<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo, partindo de dados divulgados no Relatório da Violência contra os Povos Indígenas, publicado em 2020 pelo Conselho Missionário Indigenista e no Atlas da Violência de 2021, aborda a violência sofrida pelos povos indígenas no Brasil em face de determinadas práticas e ações, sejam advindas da gestão de governo na regulação da vida social ou nas ações individuais e de grupos da sociedade, que pelo seu agir determinam as vidas que merecem ser vividas e as vidas que devem ser destruídas. Neste contexto, utilizando o método dedutivo-analítico, a partir de pesquisa teórica e bibliográfica, são contextualizadas as diversas práticas de violência sofridas pelos indígenas, com base nas concepções da necropolítica e da biopolítica e analisadas as formas de resistência dos indígenas que evidenciam as práticas e ações na afirmação da importância de suas vidas e seus modos de existir. Ao final, se afirma a importância dos movimentos de resistência em prol do povo e da cultura indígena, em oposição a determinadas ações e omissões que ditam a destruição das vidas indígenas pelo Estado, enquanto ente concentrador da regulação da vida social.

**Palavras-chave:** povos Indígenas; violência do Estado; formas de resistência; necropolítica; vidas destruídas.

### ABSTRACT

This article, based on data released in the Report on Violence against Indigenous Peoples, published in 2020 by the Indigenous Missionary Council and in the 2021 Atlas of Violence, addresses the violence suffered by indigenous peoples in Brazil in the face of certain practices and actions, whether arising from government management in the regulation of social life or in the actions of individuals and groups in society,

---

<sup>1</sup> Advogada, Mediadora e Professora Universitária. Mestre em Qualidade Ambiental pela FEEVALE-RS, Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS. E-mail: karinemigliavacca@gmail.com

which by their actions determine the lives that deserve to be lived and the lives that must be destroyed. In this context, using the deductive-analytical method, based on theoretical and bibliographic research, the various practices of violence suffered by indigenous people are contextualized, based on the concepts of necropolitics and biopolitics and the forms of resistance of indigenous peoples that evidence the practices and actions in the affirmation of the importance of their lives and their ways of existing. In the end, the importance of resistance movements in favor of indigenous people and culture is affirmed, in opposition to certain actions and omissions that dictate the destruction of indigenous lives by the State, as a concentrator of the regulation of social life.

**Keywords:** indian people; State violence; forms of resistance; necropolitics; destroyed lives.

## RESUMEN

Este artículo, basado en los datos del Informe sobre la Violencia contra los Pueblos Indígenas, publicado en 2020 por el Consejo Misionero Indígena y en el Atlas de la Violencia 2021, aborda la violencia que sufren los pueblos indígenas en Brasil frente a determinadas prácticas y acciones, ya sea que surja de la gestión gubernamental en la regulación de la vida social o de las acciones de los individuos y grupos de la sociedad, que con sus acciones determinan las vidas que merecen ser vividas y las vidas que deben ser destruidas. En este contexto, utilizando el método deductivo-analítico, a partir de investigaciones teóricas y bibliográficas, se contextualizan las diversas prácticas de violencia que sufren los indígenas, a partir de los conceptos de necropolítica y biopolítica y las formas de resistencia de los pueblos indígenas que evidencian la prácticas y acciones en la afirmación de la importancia de sus vidas y sus formas de existir. Al final, se afirma la importancia de los movimientos de resistencia a favor de los pueblos y la cultura indígenas, frente a ciertas acciones y omisiones que dictan la destrucción de la vida indígena por parte del Estado, como concentrador de la regulación de la vida social.

**Palabras clave:** gente india; violencia Estatal; formas de resistência; necropolítica; vidas destruidas.

Data de submissão: 16/02/2022

Data de aceite: 11/04/2022

## 1 INTRODUÇÃO

Os indígenas habitam o Brasil desde muito antes do descobrimento das terras brasileiras, no ano de 1500, pelo navegador português Pedro Álvares Cabral, e desde então, século após século, a população indígena protagoniza diversas lutas em defesa da vida, do direito à terra e seus modos de vida num percurso forjado em constantes batalhas pelo respeito à identidade indígena, como conjunto de valores de pertencimento em razão da etnia, raça, língua, crenças e costumes.

As narrativas históricas do período do Brasil colonial retratam um cenário de exposição dos povos indígenas a diversas práticas de violência, como as identificadas na expropriação de seus habitats originários, na exploração de sua força de trabalho e na forçosa dominação cultural pela catequização, todas ações que expressam o intento do poder pela dominação. Embora tais práticas constem arroladas na história do Brasil, elas não foram totalmente abandonadas pela sociedade brasileira contemporânea, seja pelo Estado no ato de governar, seja pela coletividade nas práticas da vida coletiva.

O período colonial é passado e o século XXI já avança sua segunda década, contudo algumas ações e práticas do passado ainda persistem nos dias atuais embora numa roupagem contemporânea e, ainda, outras práticas foram criadas com o decorrer do tempo. No passado ou no presente, a violência aos povos indígenas é a tônica, infelizmente.

Desse modo, o *modus operandi* do colonialismo persiste na modernidade de forma ainda mais perversa, na medida em que as ações e omissões de hoje se revestem de certa intencionalidade, pois o sistema normativo vigente e a concepção de poder nos dias atuais militam em prol da vida e não de sua destruição. Portanto, como pontuam os números publicados no ano de 2020 pelo Conselho Indigenista Missionário no Relatório da Violência contra os Povos Indígenas – Dados de 2019 e no Atlas da Violência 2021, os indígenas ainda são vítimas de assassinatos e agressões físicas, ainda são espoliados do direito à terra e seguem sendo marginalizados pela sociedade brasileira (CIMI, 2022).

No Brasil atual, a violência contra os indígenas se efetiva nas práticas que englobam mortes por assassinato, casos de suicídio e agressões físicas, ausência de reconhecimento material da identidade indígena, ineficiência na demarcação de terras

indígenas, crescente devastação ambiental nos espaços rurais e urbanos que afeta e interfere negativamente no modo de vida dos indígenas, na medida em que retiram sua subsistência dos recursos naturais mediante práticas laborais sustentáveis, na ausência de fiscalização dos crimes ambientais praticados nas terras ocupadas pelos indígenas, na redução do orçamento dos órgãos públicos responsáveis pela promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas.

Portanto, essas práticas porque reproduzidas repetidamente na forma de governar do Estado e nas condutas sociais dos indivíduos ditam que as vidas indígenas não são vidas dignas de serem vividas porque importam menos que as vidas não-indígenas. Em oposição a essas práticas, os movimentos de resistência dos povos indígenas mostram que a vida se faz presente e a afirmação da identidade indígena pela valoração da etnia, da raça, da língua, dos costumes e dos modos de vida ganha maior espaço no cenário social, a partir da atuação de pessoas, instituições e organizações que militam em prol da vida indígena e seus modos de existir.

Nesse sentido, a violência contra os indígenas no Brasil e as formas de resistência dessa população se reveste no tema principal deste artigo que tem o objetivo de expor, explorar e de incentivar que tão importante assunto tenha espaço no debate da sociedade brasileira.

No desenvolvimento deste trabalho, realizado pelo método dedutivo-analítico, a partir da coleta de dados publicados sobre a violência dirigida aos povos indígenas tomando por base referências teóricas e doutrinárias sobre a concepção do biopoder e da necropolítica foram explorados os impactos das ações e práticas violentas na vida dos povos indígenas e identificadas algumas formas atuais de resistência como movimentos que se colocam no contrafluxo da lógica ditada pela necropolítica, como prática e exercício político que determina quais vidas merecem ser vividas e quais vidas devem ser destruídas.

## **2 OS INDÍGENAS NO CONTEXTO DO BRASIL ATUAL**

No território brasileiro, de acordo com o Censo Demográfico 2010 e os estudos realizados sobre os indígenas (IBGE, 2012b) 817 mil indivíduos se autodeclararam de identidade indígena pelo critério de cor e raça e 78,9 mil indivíduos se declararam

indígenas pelo critério de pertencimento étnico, língua falada, localização geográfica e ou domicílio em terras indígenas, totalizando 0,4% da população nacional de acordo com o último censo demográfico.

Embora esse percentual represente uma minoria no comparativo ao total da população, os estudos realizados pelos dados censitários identificaram “um acelerado crescimento” (IBGE, 2012b, p. 8) no patamar anual de 10,8% da população indígena autodeclarada em relação aos dados do censo realizado no ano 2000, o que tem sido atribuído pelos pesquisadores “[...] a uma conjuntura política mais apropriada para os indígenas no País, o que estaria ajudando a reverter a invisibilidade sociopolítica desse segmento populacional” (IBGE, 2012b, p.18), em razão do aumento de incentivos e programas fomentados pelo Governo federal na década de 2000 às populações de baixa renda, incluídos os indígenas.

Contudo, muito mudou no Brasil desde a primeira década do século XXI e, especialmente desde o ano de 2019 a destruição da vida tem sido a tônica na cena política e social conforme pontuam os números lançados no Atlas da Violência de 2021. Nesse sentido, Rangel e Liebgott (2020, p. 14) em análise produzida a partir dos dados inseridos no Relatório da Violência contra os Povos Indígenas – Dados 2019, pontuam de forma contundente que:

O Relatório de 2019 traz, em seus conteúdos de denúncias e análises, uma realidade ainda mais dramática do que em anos anteriores em função da estruturação de uma política de Estado composta por um governo de depredadores e destruidores de vida. As páginas deste Relatório estão repletas de informações dolorosas. (RANGEL, LIEBGOTT, apud: CIMI, 2020, p. 14).

Os números são determinantes conforme dados expostos no Atlas da Violência ao indicar que “[...] nos 11 anos de 2009 a 2019, em números absolutos, houve 2.074 homicídios de pessoas indígenas”, isso representa um aumento no dado da população indígena no comparativo da taxa brasileira, sendo que “[...] a taxa de homicídio para os indígenas saiu de 15/100 mil em 2009, se elevando a 24,9 em 2017 e, mesmo reduzindo, manteve-se em 2019 (18,3/100 mil) acima da taxa de 2011 (14,9/100 mil)” (CERQUEIRA, 2021, p. 84).

À evidência que se avanços na proteção da vida e dos direitos dos indígenas se identificam e intensificam na história recente brasileira em especial a partir dos

anos 2000, os números dos anos de 2019 a 2021 demonstram um recrudescimento da violência perpetrada contra o povo indígena em decorrência da gestão e regulação da vida coletiva pelo Estado brasileiro ao produzir discursos e práticas que reduzem a vida dos indígenas a uma vida descartável, precária ou de menor valor.

Como indicam os dados coletados pelo Conselho Missionário Indigenista (CIMI) no Relatório Violência contra os Povos Indígenas, ano 2019, no comparativo com 2018, ocorreu um aumento no número de casos de violência das mais variadas formas contra indígenas, com destaque para a “violência por omissão do poder público” no total de 267 casos, aumento de “mortalidade na infância” (crianças de 0 a 5 anos), que saltaram de 591, em 2018, para 825 em 2019”, além dos “133 suicídios em todo o país em 2019, 32 a mais que os casos registrados em 2018” (CIMI, 2020, p. 8).

Não por acaso o ano de 2019, como primeiro ano do governo de Jair Messias Bolsonaro como Presidente da República, seguiu o rumo anunciado desde sua campanha eleitoral e seu mandato segue com o discurso e ações (e omissões!) em desfavor dos indígenas, tendo afirmado publicamente: “o índio é um ser humano igualzinho a nós” (CIMI, 2020, p. 14), em fala que escancara o desrespeito, o racismo e o desvalor atribuído ao indígena em nossa sociedade e enaltecido pelos representantes do atual governo.

Nesse sentido, o paradoxo cultural e social se mostra claro pela contextualização dos dados do Relatório Violência contra os Povos Indígenas, ao sintetizar:

Infelizmente, as violências praticadas contra os povos indígenas fundamentam-se em um projeto de governo que pretende disponibilizar suas terras e os bens comuns nelas contidos aos empresários do agronegócio, da mineração e das madeireiras, dentre outros. (CIMI, 2020, p. 8).

A esses elementos somam-se a ausência e o esvaziamento de políticas públicas, planos, programas e ações que deveriam ser fomentadas e realizadas pelo Estado em prol da efetividade dos direitos dos cidadãos indígenas na medida em que “[...] os dados de 2019 revelam que os povos e seus territórios tradicionais estão sendo, explicitamente, usurpados” (CIMI, 2020).

Igualmente, o Atlas da Violência 2021 apresenta dados muito impactantes da violência contra os indígenas ao abordar um viés multidimensional e afirmar que os

números expressam a vulnerabilidade que os “[...] povos Indígenas enfrentam cotidianamente” (CERQUEIRA, 2021, p. 89), ou seja, a precariedade da vida na sua face mais desumana, a morte. Os números não podem ser desprezados ao indicarem “[...] que a taxa de assassinatos de indígenas aumentou 21,6% em dez anos enquanto a taxa de homicídios em geral caiu” (ISA, 2021).

Os dados publicados em relação à violência contra os indígenas se contrapõem as normativas legais e jurídicas que têm sido pauta no Brasil desde a Constituição Federal de 88 ao alçar como norma constitucional a proteção dos indígenas, sua organização social, seus costumes, suas línguas, crenças e tradições no disposto no artigo 231, que igualmente dispôs sobre os direitos originários dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas, consagrando o direito à terra.

Ademais, pela interpretação sistêmica do sistema normativo-jurídico brasileiro todas as demais garantias e direitos consagrados no texto constitucional aos cidadãos brasileiros são direitos dos indígenas, sejam direitos individuais, sociais ou coletivos.

Portanto, a contextualização dos dados evidencia que os atos de violência praticados em desfavor da população indígena despertam e exigem maior debate no seio da sociedade brasileira, na medida em que esses dados ‘depõem em desfavor do Estado brasileiro’ justamente porque evidenciam números significativos em que pese as normas legais e jurídicas vigentes na ordem constitucional brasileira.

### **3 A VIOLÊNCIA CONTRA OS INDÍGENAS NO BRASIL: A MORTE PELA DESTRUIÇÃO DA VIDA**

A vulnerabilidade da população indígena é exposta pela forma como o Estado, como ente que concentra o exercício do poder, gesta e regula a vida da população, no passado e no presente, o que se revela pela lógica do racismo como uma tecnologia do biopoder, nos termos formulados por Foucault, quando o Estado no exercício do seu poder soberano pratica o direito de matar, apesar de o seu dever de proteger a vida.

Assim, se a “[...] divisão entre as pessoas que devem viver e as que devem morrer” pelo viés da distribuição biológica da espécie humana, se efetiva pelo discurso de que determinados indivíduos e seu grupo são inimigos políticos pela sua raça ou etnia (MBEMBE, 2016, p. 128), o desrespeito à identidade indígena, sua etnia e raça

reproduz “diferentes experimentações biopolíticas [...] como experiência de governo” (MAGALHÃES, 2021, p. 1).

O racismo político, seguindo as formulações de Foucault “[...] se insere nos mecanismos de Estado, ao operar pelo corte entre quem deve viver e quem se deixa ou se faz morrer.” (CANDIOTTO; D’ESPÍNDULA, 2012, p. 33), tal qual se identifica na dinâmica da sociedade brasileira em relação aos povos indígenas, pelo aumento no número de morte, pela violência contra o patrimônio, na violação do direito à terra, enfim, na violação à vida.

Esse fenômeno do racismo político, como narra a história do Brasil se originou pela domesticação do indígena, considerado selvagem e violento e por isso uma ameaça à vida civilizada, pelo homem branco e europeu diante da necessidade de alçar a participação do indígena na sociedade civilizada. Essa pecha da condição do selvagem, do inculto e do inferior atribuída ao indígena se instalou culturalmente no Brasil e assim, de lá para cá, o Estado replica seu modo de gestão legitimando-se no direito de matar aquele ou aqueles que são ditos inferiores por sua etnia ou raça.

Então, a submissão da vida ao poder da morte pelo Estado no exercício do seu poder soberano, fenômeno da biopolítica calcado nos fundamentos de Foucault, mostra-se como base teórica e lógica para o entendimento do cenário social do Brasil, contudo, como a história e a complexidade dos fatos sociais na contemporaneidade da sociedade brasileira não podem ser desprezados, as fundamentações lançadas por Achille Mbembe ao desenvolver os termos da necropolítica permitem uma análise mais acurada, ampla e adequada.

De fato, a gestão da vida social reproduz as dinâmicas da biopolítica, contudo, as complexidades da modernidade, o impacto gerado pelo neoliberalismo e o fenômeno do neocolonialismo, demonstram que as estruturas contemporâneas provocam e direcionam a destruição de alguns grupos, comunidades, populações ou indivíduos na medida em que o modo de regulação da vida em sociedade sujeita ‘determinadas’ vidas ao poder da morte ao lhes conferir um status de “mortos-vivos” pelo exercício do necropoder (MBEMBE, 2016).

A negação da raça e da etnia como aquilo que é diverso e por isso não aceitável ou enquadrável se mostra como a regra na dinâmica do colonialismo, como bem pontua Mbembe ao afirmar que na visão do conquistador o nativo selvagem era

apenas um “animal” desprovido do “caráter específico humano”, por isso, então, na colônia o direito soberano de matar não estava sujeito a qualquer regra (MBEMBE, 2016, p. 133-134).

Essa dinâmica de gerir a vida social se dá de modo continuado e encontra na modernidade um ambiente ainda fértil na governabilidade neoliberal que, no Brasil assim como outras regiões que foram colonizadas, na dinâmica econômica e política atual e com os ranços do colonialismo a regulação da vida é feita pela morte, na medida em que o Estado abandona os valores e as práticas direcionadas à dignidade da vida na formação do humano (NEGRIS, 2020).

A necropolítica é o espaço das “máquinas de guerra” que criam um mundo de morte onde os “as subjetividades produzidas nesses espaços ficam sujeitas à morte sob um duplo aspecto: o real, devido aos conflitos armados, pobreza extrema e a submissão a todo tipo de doença e, ainda, a morte simbólica, pois são subjetividades consideradas invisíveis no sentido político e social” (NEGRIS, 2020, p. 98).

O mundo de morte desfaz o humano e expõe a crueldade e o terror tornando a vida inabitável pelo modo de pensar e fazer porque direciona a regulação da vida social à possibilidade da morte, conforme contribuições de Gonzalo (2017) em suas reflexões sobre a vida e morte na dinâmica da necropolítica.

O inabitável escancara a vida mutilada e danificada porque a expulsa de onde habitava – a subjetividade do indivíduo na construção ‘no’ e ‘com’ o outro e nos seus modos de pertencer, fazer e significar as alegrias e as dores, reduzindo a vida a mera corporalidade do indivíduo porque a violência suga do humano sua alma, sua essência e, portanto, não encontra na morte física seu único objetivo na medida em que seu mecanismo se revela na produção de possibilidades de morte, repetidamente e cotidianamente.

O cenário onde se encenam as possibilidades de morte dos indígenas está demonstrado pelos dados lançados no Atlas da Violência 2021 e no Relatório do CIMI 2020, que se evidenciam nos assassinatos, nas agressões físicas e nos suicídios, mas não exclusivamente nesses casos, porque as ocorrências de esbulho, espoliação e expropriação das terras indígenas, que implica na supressão do espaço de viver e de construir a cultura indígena, a omissão na efetividade de políticas públicas, o discurso discriminatório e desrespeitoso que inferiorizam os indígenas são modos de

destruir o habitável ao submeter a vida cotidianamente à possibilidade de morte, a partir de cada ação e omissão que ‘diz’ que aquelas vidas não merecem ser vidas a serem vividas, senão apenas corpos moribundos.

Ademais, as práticas de violência contra os indígenas pela agressão à integridade física e pela expropriação das terras indígenas possuem uma dimensão ampliada na relação do indígena com a terra, que não se regula pela lógica da propriedade, mas pelo valor do pertencimento, onde a terra é o próprio corpo, assim “o que se perde quando se perde o direito de habitar um lugar é a própria existência” (CERNICCHIARO, 2015, p. 124), o que se reveste de uma tal desumanidade e crueldade por escancararem uma ‘sentença de morte’ que a cada novo dia, torna concreta a possibilidade da morte, expondo o mais desumano do humano.

A essas práticas de violência que se originam pelas ações e omissões do Estado, como detentor e concentrador do biopoder, a partir dos modos de governar, regular e gestar a vida social na esfera privada ou pública, se identifica a categoria da “violência de Estado”, assim explicada por Sanjurjo e Feltran, como

atos violentos, sejam legalizados ou francamente ilegais, que se produzem como modo de sustentar uma fronteira no acesso ao ‘direito a ter direitos’, ou seja, uma fronteira que reivindica uma clivagem, quase sempre figurada no plano da natureza, entre os que pertencem à comunidade política e por isso devem ser protegidos, daqueles que a ameaçam e devem ser combatidos (2015, p. 43).

Nesse contexto de violência, Magalhães destaca que a imposição “do terror e do horror produzem a irrealidade” pela lógica de que os corpos vulnerabilizados pelo modo de pensar e fazer podem “desaparecer” porque não são reais, assim “esta irrealidade se transforma na própria pré-condição para o exercício de uma violência que não será considerada danosa” e se valendo dos fundamentos de Judith Butler ao construir a concepção de vidas destrutíveis, afirma se tratar de uma “violência desrealizadora que busca fazer eliminar física e simbolicamente certas vidas e formas de existir” (2020, p. 11).

Assim, as práticas de violência reproduzidas cotidianamente nos dias atuais e fincadas no modo de fazer e pensar no Brasil, de hoje e de ontem, representam o mais brutal do humano, a desumanidade com a própria essência do humano, ou seja, a brutalidade com a que tratada a vida que merece ser vivida e não destruída.

A ‘violência do Estado’ reverbera em diversos sentidos, afetando a vida privada e a vida pública numa espiral destrutiva, na medida em que a violência se impregna na esfera constitutiva dos corpos dos indivíduos, pela dimensão pública constituída como um fenômeno social, desse modo, o corpo não pertence exclusivamente ao indivíduo, mas também está submetido ao poder soberano do Estado de ditar e regular o modo de fazer e de pensar, desrealizando os modos de vida que impõe ao viver dos corpos um espaço e um ambiente violento e cruel (BUTLER, 2006).

Nesse sentido, Magalhães (2020, p. 11) ao conversar com a teoria de Butler em sua análise sobre o modo de governo em favelas do Rio de Janeiro explica que as vidas destrutíveis “são formas de vida, modos de existir que estão expostos continuamente à destruição e à morte, cuja eliminação não pode e não vai ser lamentada justamente por não serem consideradas vidas, um modo de existir legítimo, reconhecido como tal”.

Desse modo, as mortes de indígenas no Brasil se enquadram na categoria de morte pela destruição da vida em decorrência da violência do Estado, seja por ações ou omissões, atos legais ou flagrantemente ilegais que ditam que as vidas indígenas não são vidas dignas de serem vividas porque excluídas da comunidade política e do estatuto político dominante (SANJURJO; FELTRAN, 2015).

#### **4 DOS MODOS DE RESISTÊNCIA**

A condição do ser-individual e do ser-coletivo é uma construção continuada de atos e fatos da vida cotidiana numa constante troca entre os elementos que compõem a subjetividade com os elementos exteriores à realidade do sujeito, porque “[...] não se existe sozinho, existir é sempre existir no mundo, em afetação com o mundo, o seu e o dos outros” (CERNICCHIARO, 2021, p. 128).

Nessa lógica de ser indivíduo e conviver em sociedade com outros indivíduos num permanente processo de interação do sentir – agir – reagir, a violência em qualquer de suas formas, seja física, moral ou psicológica, enquanto rotina e prática da vida social e coletiva, penetra no processo de construção do subjetivo de cada um, desfigurando e desestruturando a vida do indivíduo e daqueles com quem convive e que estão inseridos no mesmo espaço e tempo.

A violência expõe tudo aquilo que não é digno porque diminui, sufoca e esmaga a humanidade do humano tornando a vida cada dia mais árdua, difícil e pesada num mecanismo de “desfazimento da vida social”. Assim,

Se a morte figura no horizonte como o limite sempre ultrapassável da existência possível, a ela se junta uma produção difusa e cotidiana de práticas que vão minando as forças e energias daqueles que insistem em existir de alguma forma. Nesse sentido, à eliminação física – a dimensão trágica da máquina violenta da guerra – somam-se abordagens truculentas, arrombamentos, estupros e também ataques de natureza moral, como xingamentos, desqualificações e ofensas (MAGALHÃES, 2021, p. 13).

A vida exposta à morte na dinâmica da necropolítica deflagra o inabitável porque a vida que se vive não é vida, porque nega a vida em si mesma. Nesse sentido, Gonzalo (2017) articula a formulação do inabitável como a ameaça à vida, a violência que impõe ao indivíduo ver e sentir a sujeira do mundo, sujeitando-o a viver sem reconhecer seu corpo e seu espaço, como se a vida fosse punição, sem qualquer possibilidade de escolha para o querer viver.

Apesar da violência que expõe a vida à morte a “dimensão da afirmação da vida” surge como um respiro nesse cenário de violência, tornando a “vida habitável” a partir de esforços de resistência (MAGALHÃES, 2021) pelas forças físicas, intelectuais ou morais que se empenham nas denúncias da violência e sufocamento da identidade indígena ou na arena pública onde o modo de viver, os costumes, os saberes e conhecimentos tradicionais dos indígenas possam ser expressados e admirados (e não enquadrado ou padronizado). Como afirma Pelbart (2008) a “potência da vida” que luta contra a “submissão da subjetividade” que o biopoder impõe pela dominação e violência.

Assim, a resistência se apresenta quando pessoas e instituições articulam suas ações e práticas para mobilizar e envolver a sociedade no debate da causa indígena, quando canais de denúncia são disponibilizados para que as responsabilidades pelos atos de violência possam ser apuradas, seja no nível nacional ou internacional, quando as instituições e órgãos públicos exercem suas funções precípuas na defesa da vida e dos direitos do povo indígena, enfim, as ações que digam sim ao direito à vida dos povos indígenas, sua identidade étnica, sua cultura, modos de vida e costumes.

O Conselho Indigenista Missionário (CIMI), criado em 1972 como organismo vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, desenvolve sua atuação missionária “[...] a serviço dos projetos de vida dos povos indígenas, denunciando as estruturas de dominação, violência e injustiça, praticando o diálogo intercultural, inter-religiosos e ecumênico”. Além da articulação e diálogo com e entre os povos indígenas, a atuação do “Observatório de Violência”, com a divulgação de relatórios com dados sobre as violências sofridas pelos povos indígenas e o canal para denúncias são destaque na luta dos indígenas.

Muito próxima da atuação do CIMI, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB, c2022) se apresenta como uma instância de aglutinação e referência nacional do movimento indígena que tem por princípios o fortalecimento e unificação das lutas dos povos originários, além da mobilização dos povos e organizações indígenas contra as violações e agressões e da atuação do “Observatório Sistema de Justiça Criminal e Povos Indígenas” que desenvolve importante trabalho de resistência à criminalização das lideranças indígenas no território nacional.

Ademais, a luta em favor dos povos indígenas muitas vezes se articula no campo jurídico, com a atuação de assessorias jurídicas especializadas, como as oferecidas pelo CIMI e pela APIB, além das Defensorias Públicas dos Estados e da União e da atuação dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais nos casos que envolvem a pauta dos indígenas, na esfera civil ou criminal, em demandas privadas ou públicas que são apresentadas ao Poder Judiciário.

Outras organizações atuam na afirmação da identidade indígena, na proteção dos direitos dos povos indígenas e contribuem para a ampliação dos movimentos de resistência, como se observa pela atuação do Instituto de Pesquisa e Formação Indígena (IEPE) e do Movimento Survival. Ainda, vale citar a participação de organizações que atuam na defesa dos direitos humanos e dos direitos sociais e coletivos, no âmbito nacional e internacional, a exemplo do Instituto Socioambiental (ISA, c2022) e do Greenpeace (c2022), que igualmente contribuem e direcionam suas práticas e estudos em favor dos povos indígenas.

Esses movimentos fortalecem a identidade indígena, sua cultura e hábitos de vida e atuam na defesa do direito à vida e do direito à terra e por isso são modos de resistir que ampliam o habitável (no contrafluxo das forças do inabitável) porque

permitem ao indivíduo pertencer ao seu corpo e a um espaço ao qual quer pertencer e do modo pelo qual quer se fazer pertencer. Aqui o habitável se traduz no modo de querer viver, quando o indivíduo pertence a si próprio, ao seu corpo, ao espaço que elege e ao grupo com o qual escolhe conviver (GONZALO, 2017).

A resistência, mesmo que nas pequenas ações e práticas, permite que o indivíduo alimente e proteja sua subjetividade e a do outro já que “o ser não pode ser outra coisa senão ser-uns-com-os-outros, circulando no ‘com’ e pelo ‘com’ da coexistência singularmente plural” (NANCY, 2006, p. 19, apud CERNICCHIARO, 2021, p. 128), em contraposição à vulnerabilidade que lhe expõe as dinâmicas do poder da morte.

Portanto, apesar das práticas de violência reproduzidas de forma estruturada e sistematizada, assim como da terra seca brota a semente, da dominação, da espoliação e da violação a vida se faz presente, renasce e se fortalece como ensina Pelbart: “[...] aquilo que parecia submetido, subsumido, controlado, dominado, isto é, a vida, revela num processo mesmo de expropriação a sua positividade indomável e primeira” (2015, p. 21), o que demonstra a possibilidade da vida mesmo diante do cenário social ser atravessado e ancorado no modelo colonial de governar pela guerra como modelo de gerir a vida social, porque se baseia na produção da morte e não na proteção da vida.

Na seara dos movimentos de resistência, a expressão artística se traduz num importante espaço de afirmação da identidade e sua subjetividade com a valoração do ser com alma, já que a conexão com a alma é inerente à arte (BILBAO, 2006). Assim, a literatura, a pintura, o cinema, a fotografia e o artesanato são expressões culturais que valorizam os saberes indígenas e seus conhecimentos tradicionais.

A produção criativa produz efeitos na esfera do indivíduo e da coletividade ao despertar emoções e sentidos, significando a subjetividade do ser-individual e do ser-coletivo e resignificando a vida. Esse fenômeno ganha maior relevância quando se tem como objeto de apreciação a arte produzida pelos indígenas em razão de sua visão de vida e mundo e porque historicamente sufocados, esquecidos e inferiorizados e, desse modo, a apreciação da arte indígena permite à coletividade o resgate, o aprendizado e a (re)conexão com modos de vida ancestrais e muito diversos.

A arte exterioriza ao mundo os significados e sentidos de ser indígena e sua relação com a vida contribui na construção da subjetividade do indígena e seu povo, num processo de autoconhecimento e, ao mesmo tempo, colabora com a valoração da identidade indígena na sociedade, principalmente oportunizando aos não-indígenas novos saberes.

Em setembro de 2021, foi realizada no Museu de Arte Moderna de São Paulo a exposição “Moquém Surari: Arte Indígena Contemporânea” com o objetivo de mostrar ao público “que existem outras histórias da arte, sem tentar encaixar a arte indígena em uma narrativa já convencionada” (BOEHM, 2021). Anteriormente, em setembro 2016, ocorreu na sede do Itaú Cultural em São Paulo o evento “Mekukradjá – Círculo de Saberes de Escritores e Realizadores Indígenas” (ITAÚ CULTURAL, 2016), reunindo indígenas de diversas etnias para promover reflexões do fazer artístico. Esses dois eventos exemplificam as diversas expressões artísticas que têm sido produzidas pelos povos indígenas, contudo, não esgotam a arte indígena. Além disso, a literatura produzida por indígenas tem ganhado cada vez mais espaço no cenário nacional e internacional, com destaque para a produção literária de Ailton Krenak, líder indígena, escritor e poeta.

Enfim, esses movimentos e práticas se caracterizam porque oferecem resistência às formas de existir que a necropolítica impõe a determinados indivíduos e grupos quando os sujeitam a condições de vida em “mundos de morte” (MBEMBE, 2016) e permitem ao indivíduo ‘ser e existir’ na plenitude de sua subjetividade ancorada e construída na vida do conviver onde a vida se realiza e se afirma como nos ensina Perblat “potência primeira, esta da vida, que goza virtualmente de uma força soberana, constitutiva, inaugural e indomável” (2015, p. 21).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados publicados acerca da violência contra os povos indígenas no Brasil relativamente aos anos de 2019 a 2021 evidenciam e confirmam que a gestão e regulação da vida coletiva tem sido realizada a partir da lógica da destruição de certas vidas, ou seja, das vidas indígenas e seus modos de existir, num processo contínuo pautado pela desestruturação de todo o aparato institucional e estatal que deveria atuar na proteção do indígena e sua cultura.

Ao invés da valoração da vida como essência primeira, aos indígenas a sentença imposta pelo Estado no seu modo de gerir a vida social, determina que essas vidas são repetidamente desvalorizadas e estigmatizadas pelo ranço do colonialismo como modo de organização da vida econômica, política e social que adentrou na modernidade mantendo o Estado o mesmo modo de operar do passado pelo exercício do poder soberano ao ditar as vidas que merecem ser vividas e as vidas que devem ser destruídas.

As vidas destruídas e destrutíveis são as vidas indígenas, suas terras, sua cultura e seus modos de viver, olvidando-se o Estado (e os homens por trás dessa 'máquina') que a essência do ser-individual e do ser-coletivo é honrar a vida em sua total diversidade e que sem o humano (de cada um e de todos) não existe sociedade, não existe economia, não existe política e não existe Estado.

Infelizmente, o paradoxo é regra nos dias atuais. O Estado não mais atua em favor das vidas humanas submetidas as mais diversas formas de violência, justamente porque é por seus mecanismos de ação e omissão que esse Estado, que deveria salvaguardar a vida digna, acaba consolidando a vulnerabilidade ao expor determinadas vidas humanas à destruição.

Assim, a dinâmica da política da morte pela destruição de 'determinadas' vidas ao invés da proteção de 'todas' as vidas atua intencionalmente no esvaziamento do humano e sua essência, sua subjetividade e sua alma, afetando o ser-individual e o ser-coletivo, refletindo no futuro e secando aquele que é combustível da vida, a esperança.

Não obstante a necropolítica que regula a vida social no Brasil nos dias atuais, destruindo além de vidas o legado dos povos indígenas e sua relevância para o futuro de todos, os movimentos de resistência persistem nesse cenário de violência e destruição, fazendo fluir e agir na sociedade o verbo 'esperançar', demonstrando que a vida, mesmo quando esmagada e sufocada, se potencializa e se afirma no querer viver do homem em favor do humano.

## REFERÊNCIAS

BOEHM, Camila. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 19 set. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-09/exposicao-de-arte-indigena-esta-em-cartaz-no-mam-em-sao->

[paulo#:~:text=Publicado%20em%2019%2F09%2F2021,em%20uma%20narrativa%20j%C3%A1%20convencionada.](#) Acesso em: 30 jan. 2022.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL — APIB. **[Portal Online]**. [S.I.]: APIB, c2022. Disponível em: <https://apiboficial.org>. Acesso em: 30 jan. 2022.

BILBAO, Giuliana Gantos Lima. O Artista e sua Arte: um estudo fenomenológico. **Paidéia**, v. 16, n. 33, p. 91-100. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/paideia/a/gy4sHjS5F5XS8TxCH4DWyDL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 jan. 2022.

BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2006.

CANDIOTTO, Cesar; D'ESPÍNDULA, Thereza Salomé. Biopoder e Racismo Político: uma análise a partir de Michel Foucault. **Interthesis**, v. 9, n. 2, p. 20-38, 2012.

CERNICCHIARO, Ana Carolina. A Terra como corpo: a 'economia do cuidado' contra as cinzas do povo da mercadoria. **Alea**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 122-138, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1517-106X/2021231122138>. Acesso em: 30 jan. 2022.

CERQUEIRA, Daniel. **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO — CIMI. **Relatório da Violência contra os Povos Indígenas**: dados de 2019. [S.I.]: CIMI, 2020.

GONZALO, Ignacio Mendiola. De la biopolítica a la necropolítica: la vida expuesta a la muerte. **Eikasia**: Revista de Filosofía, n. 75, p. 219-248, 2017.

GREENPEACE. **[Portal Online]**. [S.I.], c2022. Disponível em: [greenpeace.org.br](https://greenpeace.org.br). Acesso em: 30 jan. 2022.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE. **Censo Demográfico 2010**: Características gerais dos indígenas. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE. **Os indígenas no Censo Demográfico 2010**: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. 2012.

Instituto de pesquisa e formação indígena — IEPE. **[Portal institucional]**. Macapá, 2022. Disponível em: [institutoiepe.org.br](https://institutoiepe.org.br). Acesso em: 30 jan. 2022.

Instituto Socioambiental — ISA. **[Portal institucional]**. [S.I.], c2022. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br>. Acesso em: 30 jan. 2022.

Instituto SócioAmbiental – ISA. 2021. **Atlas da Violência 2021 aponta que assassinatos de indígenas cresceram mais de 20% em dez anos.** [S.I.], 2021. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-monitoramento/atlas-da-violencia-2021-aponta-que-assassinatos-de-indigenas-cresceram-mais-de-20-em-dez-anos#:~:text=Elaborado%20a%20partir%20de%20uma,de%20homic%C3%ADdios%20em%20geral%20caiu>. Acesso em: 05 jan. 2022.

Itaú Cultural. **Mekukradjá: Círculo de Saberes de Escritores e Realizadores Indígenas.** [S.I.], 2016. Disponível em: <https://enciclopedia.itaucultural.org.br/midias/25133>. Acesso em: 30 jan. 2022.

MAGALHÃES, Alexandre. A Guerra como modo de governo em favelas do Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 36, n. 106, p. 1-16. 2021.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 24-151, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 30 jan. 2022.

NEGRIS, Adriano. Entre Biopolítica e Necropolítica: uma questão de poder. **Ítaca**, Rio de Janeiro, n. 36, p. 79-102, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ltaca>. Acesso em: 30 jan. 2022.

OLIVEIRA, João Pacheco. Pacificação e tutela militar na gestão de populações e territórios. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 125-161, 2014.

PELBART, Peter Pal. Poder sobre a vida, potência da vida. **Lugar Comum**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 33-43, 2008. Disponível em: [http://uninomade.net/wp-content/files\\_mf/113003120949Lugar%20Comum%202017\\_compelto.pdf](http://uninomade.net/wp-content/files_mf/113003120949Lugar%20Comum%202017_compelto.pdf), Acesso em: 29 jan. 2022.

PELBART, Peter Pal. Políticas da vida, produção do comum e a vida em jogo. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 24, p.19-26, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/SBMnsjPgx7Q5mzDWdnhLQ6D/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 jan. 2022.

RANGEL, Lucia Helena. LIEBGOTT, Roberto Antonio. As violências contra os povos indígenas no Brasil refletem a prática de um governo alicerçado na antipolítica. **Relatório da Violência contra os Povos Indígenas no Brasil**, p. 16-27, 2020.

SANJURJO, Liliana. FELTRAN, Gabriel. Sobre lutos e lutas: violência de estado, humanidade e morte em dois contextos etnográficos. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 67, n. 2, abr./jun., 2015. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252015000200013](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252015000200013). Acesso em: 27 mar. 2022.

**LITÍGIOS ESTRUTURAIS E O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL: Creches,  
o modelo de ações coletivas e a execução estrutural**

*STRUCTURAL DISPUTES AND THE RIGHT TO EDUCATION IN BRAZIL: Day  
care centers, the class action model and structural execution*

*DISPUTAS ESTRUCTURALES Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN BRASIL:  
Las guarderías, el modelo de acción colectiva y la ejecución estructural*

**Felipe Cidral Sestrem<sup>1</sup>**

**RESUMO**

O presente artigo busca apresentar, sob uma perspectiva de classificação dos litígios estruturais, o enquadramento do direito à educação no Brasil, com enfoque na utilização de execuções estruturais como contraponto ao modelo de ações coletivas para o caso das creches. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva a partir de uma pesquisa exploratória bibliográfica e de um estudo de caso. Parte-se do problema: a execução civil comum aplicável às ações coletivas de creches é a melhor forma de garantir a efetividade jurisdicional do direito à educação? A hipótese sustentada sugere a inaplicabilidade do modelo à solução de problemas afetos à direitos sociais e à implementação de políticas públicas, especialmente ao caso da educação e do direito de acesso às creches. Por último, avalia-se o caso da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina para a solução e tutela do direito de acesso às creches na cidade de Joinville, o papel da Defensoria Pública Estadual e os principais problemas experimentados, especialmente a transferência do dever de resolução do conflito ao gestor municipais, sem parâmetros de controle ou de progressão dos trabalhos, à exceção do aspecto temporal.

**Palavras-chave:** Litígios estruturais; Direito à Educação; Creches; Ações coletivas; Execução estrutural.

**ABSTRACT**

This article seeks to present, from a perspective of structural disputes, the framing of the right to education in Brazil, focusing on the use of structural executions as a counterpoint to class actions model filed for daycare centers. The methodology used

---

<sup>1</sup> Procurador do Município de Joinville, com atuação na área de Direitos Sociais, especialmente Direito à Saúde, Educação e Assistência Social. Mestrando em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Especialista em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ.  
[felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br](mailto:felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br) Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5244-2359>

is the hypothetical-deductive from an exploratory bibliographic research and a case study. The chosen problem is: is the common civil enforcement applicable to daycare collective actions the best way to guarantee the judicial effectiveness of the right to education? The sustained hypothesis suggests the inapplicability of the social rights solution, especially in the case of education and the right of access to daycare centers. Finally, the case of the Public Civil Action proposed by the Public Ministry of the State of Santa Catarina is evaluated for the solution and protection of the right of access to daycare centers in the city of Joinville, the role of the State Public Defender's Office and the main problems experienced, especially the transfer of the duty to resolve the conflict to the municipal manager, without parameters for controlling or progressing the work, with the exception of the temporal aspect.

**Keywords:** Structural disputes; Right to education; Kindergartens; Class actions; Structural execution.

## RESUMEN

Este artículo busca presentar, desde una perspectiva de clasificación de los conflictos estructurales, el encuadre del derecho a la educación en Brasil, centrándose en el uso de las ejecuciones estructurales como contrapunto al modelo de acciones colectivas en el caso de las guarderías. La metodología utilizada es la hipotética-deductiva a partir de una investigación bibliográfica exploratoria y un estudio de caso. Comienza con el siguiente problema inicial: ¿es la ejecución civil común aplicable a las acciones colectivas de guardería la mejor manera de garantizar la efectividad judicial del derecho a la salud? La hipótesis sustentada sugiere la inaplicabilidad del modelo a la solución de problemas relacionados con los derechos sociales y la implementación de políticas públicas, especialmente en el caso de la educación y el derecho de acceso a las guarderías. Finalmente, se evalúa el caso de la Acción Civil Pública propuesta por el Ministerio Público del Estado de Santa Catarina para la solución y protección del derecho de acceso a las guarderías en la ciudad de Joinville, el papel de la Defensoría Pública del Estado y los principales problemas experimentados, en especial la transferencia del deber de resolver el conflicto al administrador municipal, sin parámetros de control ni de avance de la obra, a excepción del aspecto temporal.

**Palabras clave:** Disputas estructurales; Derecho a la educación; Guarderías; Acciones colectivas; Ejecución estructural.

Data de submissão: 16/02/2022

Data de aceite: 12/04/2022

## 1 INTRODUÇÃO

Em sociedades cada vez mais complexas e fluídas é comum a mutação da natureza dos conflitos, aperfeiçoados em razão da evolução do tecido social. Há 20 (vinte) anos atrás, no início deste século, não se discutia o papel da Defensoria Pública na perfectibilização de direitos sociais das pessoas hipervulneráveis, tampouco a

atuação em debates de espectro coletivo ou irradiado, debate acentuado após estudos sobre a vulnerabilidade (STJ, 2015) e a inconstitucionalidade progressiva (STF, 2002) da atuação ministerial em ações civis públicas *ex delicto* (STJ, 2016).

Naturalmente, o papel das partes na solução de conflitos mais complexos deve ser repensado. Pretender a solução de conflitos aperfeiçoados no tempo e no espaço com técnicas clássicas de tutela material ou processual é negar as especificidades do mundo contemporâneo.

Não por outro motivo, apesar de severas críticas, a Lei Federal nº 13.665, de 25 de abril de 2018, promoveu sensíveis alterações no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, avançando sobre a atuação do Administrador Público na solução de demandas prestacionais, na definição do conceito de culpa grave ou inexecução (FARIAS; ROSENVALD, 2020), atenta às dificuldades práticas da implementação de medidas administrativas ou judiciais.

Vitorelli (2021, p. 30-49) propõe a reformulação da classificação de litígios a partir das ideias de conflituosidade e complexidade. A litigância estrutural insere-se nesse ponto. Na definição de demandas repetitivas, de perfil irradiado, que atingem massivamente a sociedade em razão de falhas na organização ou estruturação de políticas públicas ou do próprio Estado. O caso das creches é um dos grandes exemplos de litigância estrutural (COSTA, 2017, p. 449-473).

A educação é enquadrada nessa problemática justamente a partir do dever de implementação de um serviço público educacional, de matriz obrigatória, com crescente vertiginosa na contingência do acesso da população ao serviço em expansão, somado àquele segmento populacional que, a despeito de ter condições financeiras, prefere o acesso à educação infantil de forma gratuita no Município.

O trabalho em questão empreende uma pesquisa exploratória na doutrina jurídica especializada, empregando-se um critério hipotético-dedutivo, para solucionar a problemática posta: se a interrelação entre litigância estrutural e direito à educação conduz à necessidade de repensarmos a execução civil de litígios coletivos. Ou, em outras palavras, se a execução civil comum aplicável às ações coletivas de creches é a melhor forma de garantir a efetividade jurisdicional do direito à educação.

Por meio da leitura do art. 202, §2º, da Constituição Federal e do dever prestacional de matriz subjetiva (portanto, cominatória) que o próprio texto

constitucional outorga aos jurisdicionados, sugere-se a inaplicabilidade do modelo de execução civil tradicional ao cumprimento dos títulos executivos judiciais sacados das ações civil públicas, ações populares e demais ações jurisdicionais do microsistema de tutela coletiva brasileira às ações prestacionais, sobretudo ao Direito à Educação.

No primeiro e segundo capítulos, aborda-se a questão dos litígios estruturais e da dificuldade de implementação de direitos sociais. No terceiro capítulo avança-se sobre a potencialidade do uso de execuções estruturais como solução ao enfrentamento de conflitos com uma nova roupagem. Neste último, como forma de validar empiricamente essa assertiva, avalia-se dois casos da Jurisdição Civil Estadual Brasileira, a saber, ACP nº 0039874-78.2013.8.24.0038 e ACP nº 0905644-43.2017.8.24.0038, ambas da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Joinville, vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que discutem a perfectibilização de direitos sociais em litígios estruturais.

O maior enfoque é dado à ACP nº 0905644-43.2017.8.24.0038 que discute propriamente o Direito à Educação e sua implementação, cuja avaliação é iniciada na ACP nº 0039874-78.2013.8.24.0038 por sugerir prefacialmente uma abordagem estrutural à solução da lide, refutada pelo Poder Judiciário Catarinense.

Quatro são os resultados avaliados:

- a) a potencial inadequação do modelo clássico de litígio coletivo, confirmando-se a hipótese principal apresentada;
- b) os problemas decorrentes do caráter genérico de provimentos jurisdicionais exarados em ação civis públicas que tratam de litígios estruturais e a transferência do dever de solução de conflitos aos gestores municipais no caso de creches;
- c) a interconexão entre execução estrutural e compliance para performance processual;
- d) o papel da Defensoria Pública Estadual em processos estruturais, especialmente na execução estrutural.

## 2 LITÍGIOS ESTRUTURAIS E LITÍGIOS COLETIVOS

Litígios coletivos<sup>2</sup> são conflitos de interesses que se instalam envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo; um conjunto sem relevância personalíssima significativa (VITORELLI, 2021, p. 26). Podem ser classificados como litígios coletivos aperfeiçoados pelo modo como uma estrutura burocrática funciona (STJ, 2020). É a estrutura que leva à perpetuação da violação dos direitos, cuja remoção deve ser avaliada em profundidade, evitando-se sua renovação no tempo e no espaço (VITORELLI, 2021, p. 56).

O caráter estrutural do litígio assemelha-se a ideia de uma teia de aranha, cuja tensão demonstra a interação de todas as partes que a integram. A alteração pontual de um elemento desse tecido promove a reformulação das relações para com as demais, sem necessariamente modificar a natureza da teia ou fazê-la desaparecer (FULLER, 1978, p. 397-398). Uma das características elementares dos litígios estruturais é, portanto, o caráter policêntrico do conflito e a necessidade de criação de um ambiente colaborativo e democrático para se prestar efetivamente a tutela jurisdicional e superar os entraves geradores das violações reiteradas de direitos.

É por esse motivo que se apresenta ilógico a solução antecipada ou liminar de lides estruturais, adotando-se providências nem sempre concertadas e debatidas que, de fato, não superarão os vícios verificados.

Litígios estruturais são necessários? As diversidades cultural e social impõem a superação de amarras e pré-conceitos arraídos no seio da sociedade. Às estruturas sociais são imanentes pré-concepções de mundo, de vida e de convivência. Reprogramá-las leva à ruptura desses mesmos conceitos e concepções, tornando, pois, o litígio estrutural vivo.

Sociedades em evolução são sociedades que apresentam comumente litígios estruturais. A necessidade desses conflitos está pautada no grau de maturidade e resolutividade das próprias estruturais sociais existentes. Quanto maior a dificuldade de internalização de novos conceitos e menor a pluralidade de debate substantivo, maior a propensão da existência de conflitos estruturais.

---

2 “Os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a ação civil pública que versa sobre acolhimento institucional de menor por período acima do teto previsto em lei, ordinariamente revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico e tradicional, de índole essencialmente adversarial e individual” (STJ, 2020).

A pessoalização do conflito é abandonada na perspectiva de litígios estruturais. O conflito é despersonalizado, cujo feixe de luz no palco processual é direcionado exclusivamente à questão social em debate. O *day in court* não existe num problema coletivo regido pela perspectiva estrutural (VITORELLI, 2021, p. 50-52).

Uma abordagem processual estritamente coletiva *lato sensu* ou difusa não torna um litígio naturalmente estrutural num litígio coletivo comum. Torna-o, todavia, irresolúvel, impassível de ser implementado na prática, cujos entraves não serão superados pelo cumprimento de sentença habitual, perpetuando-se os vícios à funcionalidade da estrutura.

### **3 O PROBLEMA DA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS: O DIREITO À EDUCAÇÃO E O CASO DAS CRECHES**

Demandas por direitos sociais são aquelas que maior representam a litigiosidade repetitiva em face do Estado *lato sensu*. Informações do DataJud indicam que nos últimos cinco anos mais de 2,5 milhões de ações judiciais envolvendo prestações de saúde foram propostas em diversas temáticas, cujas liminares foram acolhidas em cerca de 80% (oitenta) por cento dos casos.

Apesar disso, o Portal Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020) aponta a insuficiência do cadastramento de demandas de educação, inclusive com o subtópico “Educação Infantil – Creche”. Em 2021, apenas 771 demandas foram efetivamente cadastradas com o referido subtópico. Na consulta da aba TJRS, para os anos de 2020 e 2021, não há resultados cadastrados individualmente de forma representativa. Idêntico resultado pode ser apurado no âmbito do TJSC.

Por que a implementação de Direitos Sociais é difícil? A resposta a essa pergunta perpassa inicialmente a conceituação da tutela coletiva e pelo movimento de acesso à justiça, capitaneado por Mauro Cappelletti, no Projeto Florença (CAPPELLETTI, 1999). Aquela torna-se expressão do direito fundamental de acesso à justiça e da liberdade dos direitos sociais prestacionais, tanto quanto da ideia de solidariedade neles imanente (CF/88, art. 193). Nela, o direito é assegurado e fruído, garantindo-se na prática a democracia (GRINOVER, 1982).

Direitos Sociais têm implementação de difícil correção pois envolvem a aplicação de políticas públicas e a avaliação da qualidade de sua execução. Primariamente, políticas públicas devem implementar direitos administrativamente. Na falha, por razões de inoperância, custeio ou insuficiência, a negativa de participação do Estado (por dever de ação ou inação) torna-se evidente e, portanto, exigíveis as ações e serviços nelas previstas (obrigação) em lide jurisdicional.

Para superá-los, exige-se o resgate dos vínculos insuprimíveis entre direito material e direito processual, afastando-o de seu caráter puramente abstrato e instrumental para descer ao conflito e à realidade da vida (BAPTISTA, 1995). Não por outro motivo, a preocupação atual do direito é a efetividade processual, por meio da resolução do conflito e da garantia da prestação jurisdicional (VENTURI, 2000).

Em lides complexas, sobretudo as estruturais, a perpetuação dos vícios e das falhas nas estruturas tende a reproduzir e perpetuar os conflitos individualmente tomados. Uma abordagem que não encare o litígio sob sua forma estrutural dificilmente promoverá a ruptura da estrutura orgânica defeituosa, não solucionando o caso. Essa dificuldade está diretamente relacionada com uma visão monocular dos conflitos: encarando-os de forma atomizada e individualista, fruto de uma tradição patrimonialista do processo civil brasileiro (CAPPELLETTI, 1991).

Há um custo-efetividade avaliado por parte do Estado *lato sensu* para a solução integral dos conflitos que depõe contra a lógica da eficiência da prestação jurisdicional. Solucionar lides complexas e estruturais é um caminho que, para gestões públicas de curto espaço temporal, apresenta-se mais custosa. A curva de eficiência do custo-benefício da solução de litígios estruturais é mais bem depurada a longo prazo, não se apresentando factível para orçamentos pensados quadrienalmente.

Fora isso, Pizzol (2019, p. 623-624) defende que ações coletivas podem conduzir à facilitação da solução consensual quando pensadas num plano jurisdicional a partir de um dever de solução do caso e de superação dos entraves práticos que geram as violações aos direitos dos cidadãos.

Gabronski (2016, p. 333) sustenta que, sob o vértice autocompositivo do Novo Código de Processo Civil, deve-se admitir que mesmo em lides coletivas (e, portanto, estruturais), admite-se a potencialidade dos atores processuais firmarem acordos, o que leva a doutrina a problematizar a representação processual adequada.

Inegavelmente, a abordagem despersonalizada do processo estrutural, atrelada com uma perspectiva de verticalização da Constituição Federal e dos princípios processuais que lhes são integrantes (DINAMARCO, 1999), romperia essa lógica, propondo uma solução para maior concreção dos direitos sociais prestacionais.

As dificuldades acima abordadas relacionam-se claramente do direito à educação. Nos termos do art. 203 da Constituição Federal, especialmente do §3º do art. 208 da CF/88, o ensino obrigatório e gratuito, inserido na garantia de educação básica (inciso I), é direito público subjetivo. Essa maior vinculação do direito à educação, sob a modalidade educação básica obrigatória e gratuita, ao caráter subjetivo e pessoal do cidadão, aproxima-o do caráter prestacional estatal e do dever dos Municípios (CF/88, art. 211, §2º) de efetivarem-no aos cidadãos individualmente.

Em outros termos, a declaração textual da Constituição incute no direito à educação, historicamente carente e deficitário no Brasil, um caráter individual e pessoal, na contramão da solução coletiva do litígio que se apresenta estruturalmente, dada a inação do Estado ao longo de décadas.

#### **4 EXECUÇÕES ESTRUTURAIS: UM HORIZONTE POSSÍVEL?**

A resolução de lides estruturais na prática é abordada pela doutrina processualista especializada a partir da pacificação da controvérsia estrutural subjacente. Isso porque a execução nada mais é do que o momento processual de satisfação do direito material declarado, constituído ou imposto por condenação. Arenhart, Osna e Jobim (2021, p. 187-228) propõem que litígios estruturais podem ser solucionados por três vias diferentes:

- a) soluções consensuais e negociadas;
- b) soluções adjudicadas ou impostas, a partir da atuação do Judiciário, da legitimidade de definição do objeto processual e do enfrentamento do problema de decisões em cascata;
- c) soluções compartilhadas.

A proposição “execuções estruturais” utilizada nesse trabalho diz respeito às ações coletivas com provimento jurisdicional efetivo nas quais haja pretensão de cumprimento forçado por parte do exequente. Aproximam-se, portanto, das soluções

adjudicadas (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 201-202), mas não lhe encerrando a análise e a avaliação teórica.

O processo, sem dúvida, é e sempre foi estruturado para permitir que o Judiciário ofereça a solução final do problema, agindo, como diria Chiovenda, de modo secundário, ou seja, em substituição à atividade primária das partes. Essa é a finalidade precípua do processo de conhecimento e, assim, seria de se supor que os processos estruturais pudessem resolver os problemas que lhe são postos por meio de decisões judiciais impositivas. Todavia, se esse é o caminho comum do processo civil tradicional, no campo dos processos estruturais ele é a exceção. A complexidade dos casos estruturais recomenda que a sua solução seja, prioritariamente, a negociada, sobretudo porque uma solução judicial imposta corre o sério risco de tornar-se inexecúvel e, portanto, inútil (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 202).

A imposição do caminho a ser percorrido nos litígios estruturais para a superação dos estraves orgânicos da estrutura é, aparentemente, ineficaz como solução natural do processo estrutural, pois retira-lhe o principal ponto: a construção conjunta do percurso a ser realizado.

O papel do Judiciário está afeto à concretização de valores públicos (FISS, 1979) como instrumentos de efetivação da prestação jurisdicional e de garantia da democracia e da democraticidade dos espaços públicos, sobretudo aqueles afetos à fruição e concretização de direitos sociais.

O processo estrutural refuta a tese da falta de legitimidade política do Judiciário e do déficit de democraticidade da atuação judicial para reafirmar um papel pragmático e concretivista do magistrado (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 210). A concretização de direitos fundamentais estaria embutida na lógica da prestação jurisdicional e, portanto, integrada à própria justificativa de ser do Judiciário.

A conclusão é de que, em soluções adjudicadas, na sistemática do processo civil clássico, a solução concertada da forma de implementação do comando judicial parece ser o caminho mais adequada para justificar uma atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

Por esse motivo, nem sempre uma única decisão judicial (e atuação jurisdicional) pode resolver o litígio estrutural. “Dada a sua complexidade, é impossível determinar *a priori* o alcance de uma decisão (ou de uma intervenção) sobre o problema” (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 216). Por isso, a tutela estrutural é progressiva, num processo com diversas decisões que se ligam e avançam em direção à eliminação dos entraves e dos vícios que maculam a estrutura.

Dada a maior interação entre as partes, é acertada a diretriz pontuando que soluções compartilhadas, ainda que não promovidas no mérito, tendem a ser a melhor solução para a implementação de sentença proferidas em litígios estruturais.

A despeito da imposição de determinada diretriz genérica no âmbito do processo de conhecimento, admite-se claramente a potencialidade de se estabelecer uma fase processual estrutural no cumprimento de sentença, permitindo-se uma maior interação das partes e a promoção de uma *agenda*, com diversos papéis às partes, para levar à implementação efetiva do comando jurisdicional exarado sob a lógica e as regras do processo civil tradicional.

Para se alcançar uma execução estrutural efetiva, Vitorelli (2021, p. 433-464) propõem sete requisitos mínimos a serem observados pelas partes.

Em um primeiro momento deve-se garantir conhecimento do grupo e participação adequada dos interlocutores.

Em um segundo momento, deve-se admitir a flexibilização parcial da coisa julgada, buscando amoldar às aplicações práticas da implementação da decisão adjudicada, sobretudo porque em processos estruturais habituais não há cisão absoluta entre fase de conhecimento e execução (VITORELLI, 2021, p. 434-436).

A terceira proposição diz respeito à *retainment of jurisdiction*, traduzida como retenção de jurisdição, avaliada a partir da perspectiva do art. 493 do CPC/15, para permitir o conhecimento ampliado do litígio, viabilizando ao órgão judicante a integração nos fundamentos da decisão de fatos que influam diretamente no julgamento. Em outros termos, a solução e o conhecimento do litígio estrutural são latentes: sempre pairando no ar para a solução do caso *a posteriori*, de forma prospectiva e com o enfoque da superação dos entraves. Dada essa premissão, não há que se falar em preclusão prejudicada em lides estruturais (DIDIER JR.; ZANETTI JR.; OLIVEIRA, 2017).

Isso porque, nessa perspectiva, a execução estrutural é uma ferramenta de controle social ativa, devendo ser garantido amplo acesso à informação, sempre aberta a pronta solução do caso (i.e., garantindo-se a primazia da tutela específica), com instrumentos de monitoramento e *report* (interno e externo, com a garantia da informação adequada dos interessados e da comunidade, interconectando-se às técnicas de *compliance*).

## 5 ESTUDOS DE CASO

### 5.1.ACP Nº 0039874-78.2013.8.24.0038, DE JOINVILLE: A PRIMEIRA ABORDAGEM E O LITÍGIO ESTRUTURAL SANITÁRIO

Em 2013, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública, com fundamento no art. 196 da CF/88 e no art. 1º, inciso IV, da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, objetivando determinar a reforma estrutural, sanitária e de acessibilidade de mais de 50 (cinquenta) Unidades Básicas de Saúde da cidade de Joinville/SC de uma só vez. A inicial foi instruída por inquérito civil, cujas provas externas remetiam substancialmente a matérias jornalísticas produzidas na cidade.

Após manifestação preliminar do Município, a decisão liminar datada de 09.05.2014, esgotou o objeto da lide e determinou:

a.1) comprove documentalmente a formação de cada equipe que atua nas UBS, indicando os profissionais que a integram, bem como trazendo aos autos cópia do cadastro atualizado dos profissionais no respectivo sistema de cadastro nacional; a.2) proceda à realização de vistoria em todas as Unidades Básicas de Saúde, por intermédio da Vigilância Sanitária, a fim de identificar as adequações sanitárias necessárias a garantir o integral cumprimento das regras atinentes a esse tipo de imóvel; a.3) comprove documentalmente que está disponibilizando à população fármacos que compõem a lista de Assistência Farmacêutica Básica; b) em 90 dias (este prazo poderá ser estendido, a requerimento do réu, por igual período, dê que comprovada eventual dificuldade na contratação/remanejamento de servidores): b.1) promova, por meio de contratação ou remanejamento de servidores, a regularização das equipes de saúde existentes nas UBS, as quais deverão atender, no mínimo, às regras da Portaria nº 2.488/2011; b.2) comprove o atendimento integral às exigências da Vigilância Sanitária, sob pena de interdição das UBS que não se encontrarem em conformidade com esses parâmetros; b.3) apresente o Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde PGRSS relativo a todas as UBS, obedecendo a todos os critérios técnico-ambientais, contemplando, em especial, o que consta da RDC nº 306/2004 da ANVISA, bem como da Resolução nº 358/2005 do CONAMA; c) em 120 dias, comprove documentalmente que as UBS atendem às condições de acessibilidade relativas a edifícios de caráter público, conforme definidos na NBR 9.050/2004. O descumprimento a este comando culminará no pagamento de multa de R\$ 500,00/dia/UBS (CPC, art. 461, § 5º) (TJSC, 2013).

A determinação judicial em caráter perfunctório foi, portanto, a da produção de provas por parte do Município para a compreensão do caso (mapeamento fático-probatório do caso) e a implementação de medidas estruturais nos prazos definidos

por parte do Juízo Fazendário a partir das sugestões temporais apresentadas pelo *Parquet* unilateralmente, no corpo da peça exordial da ação coletiva.

A contestação foi apresentada em 23.07.2014, abordando diversos temas aplicáveis aos processos estruturais dentre eles:

- a) dever de integração do Conselho Municipal de Saúde;
- b) necessidade de realização de audiência pública prévia (VITORELLI, 2021, p. 243-244);
- c) dever de construção coletiva da solução proposta, inclusive do ponto de vista orçamentário e do ponto de vista temporal, para a promoção e cumprimento *a posteriori* da decisão;
- d) outros elementos de defesa material do Município, inclusive o princípio da *reserva do possível* e a potencial restrição de cumprimento material da obrigação caso não fosse contruída conjuntamente por todos os atores processuais e sociais.

A baixa densidade da implementação prática da medida foi evidente. Após 12 (doze) meses a decisão não foi implementada, porque de difícil cumprimento, culminando na expedição de novo provimento decisional sobre o potencial descumprimento da liminar, datado de 08.07.2015. Nessa decisão, o magistrado determinou a apuração de crime de responsabilidade por parte do Chefe do Poder Executivo, sob o argumento de não ter promovido o cumprimento da decisão e ter potencialmente descumprido determinações judiciais e os princípios constitucionais de Direito Administrativo.

Abstraídas as situações que não dizem respeito a este processo às quais fiz referência apenas para historiar, nesses autos, as circunstâncias fáticas que permeiam essa decisão vinco no fato de que, apesar de todo o esforço, o réu não cumpriu a decisão liminar e, pior, veio aos autos solicitar a suspensão do processo (fls. 4.237/4.242), como se, num jogo de faz-de-conta, o fato de não se falar no já judicializado problema da saúde pública joinvilense viesse a fazê-lo desaparecer. Vencidos todos os meios de coerção possíveis e imagináveis, é chegada a hora de fazer-se cumprir, da forma que isso se fizer necessário, as decisões judiciais preclusas. Postas assim as coisas, indefiro o requerimento de remessa de cópia dos autos à 13ª Promotoria de Justiça na forma requerida à fl. 3.850 porque isso pode ser feito pela própria 15ª Promotoria desta comarca e, no mais, determino: a) a remessa dos autos ao Ministério Público para que avalie a pertinência da invocação, perante o órgão judiciário competente, do disposto no artigo 11, inciso IV, da Constituição Estadual (representação interventiva destinada ao cumprimento de decisões judiciais), bem como da apuração da prática prevista no inciso VI do artigo 69 da Lei Orgânica do Município de Joinville; b) a intimação do órgão autor para

que, em 10 dias, informe se persiste o interesse na análise do requerimento de afastamento coercitivo da atual Secretária de Saúde do Município de Joinville (fl. 3.850); e, c) a intimação do réu, via mandado, para que, em 48 horas, comprove documentalmente o efetivo cumprimento da decisão liminar, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 10.000,00. Ressalto apenas que, se por um lado "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a fixação de multa diária para o descumprimento de decisão judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde" (STJ RMS nº 43.785/GO, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 20.03.2014), por outro "a extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade" (STJ REsp nº 747.371/DF, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 06.04.2010). Nada obstante a isso, tratando-se de direito público e, portanto, indisponível cumprirá ao próprio ente público (sob pena de agir em censurável omissão, quiçá configuradora de ato de improbidade administrativa) requerer o ressarcimento, pelo responsável, dos valores eventualmente despendidos com o pagamento de multa pelo descumprimento de ordem judicial, o que deverá ser feito, entretanto, por meio de processo administrativo regular (TJSC, 2013).

Afastando-se das discussões processuais e individuais atreladas à lide, o feito foi julgado procedente em 12.08.2015, sem instrução processual, acolhendo-se integralmente os pedidos formulados pelo *Parquet* e resolvendo o caso com a confirmação da liminar, sem maiores digressões, avançando-se sobre a aplicação de pena pecuniária como solução à inação do ente público municipal.

À luz do exposto, JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido veiculado nesta AÇÃO CIVIL PÚBLICA proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA contra MUNICÍPIO DE JOINVILLE, confirmando a ordem liminar proferida às fls. 597/603. Torno sem efeito a multa diária vencida no período compreendido entre a decisão liminar e aquela proferida às fls. 4.474/4.478. Por outro lado, confirmo a multa aplicada à fl. 4.477, a qual vigorará entre 13.07.2015 e a intimação do réu acerca do teor desta sentença. O montante das astreintes deverá ser atualizado pela variação do INPC/IBGE desde a intimação do réu acerca desta sentença e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a serem computados a partir do décimo sexto dia após o referido ato (CPC, art. 475-J c/cart. 520, inc. VII e c/c LACP, art. 14). Considerando o teor do ofício nº 0383/2015/15PJ/JOI (fls. 4.647/4.655), encaminhe-se cópia desta decisão ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça de Santa Catarina (endereço à fl. 4.647). Oficiem-se, via malote digital, aos relatores dos recursos de Agravo de Instrumento nº 2014.037876-2 e nº 2015.049341-4, comunicando-se o julgamento deste processo.

O desfecho do caso, dado o caráter adjudicante do objeto sentencial, foi a remessa do feito à repreciação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, levando à entabulação de um Termo de Ajustamento de Conduta, com sentença homologatória em 2019, diante da baixa densidade e especificação das medidas propostas para a solução do litígio estrutural sanitário e urbanístico.

Apesar da intervenção judiciária, a forma de implementação da decisão e o monitoramento do cumprimento deram-se exclusivamente fora da via judicial.

Nessa primeira abordagem, verificou-se que tanto o Poder Judiciário Catarinense quanto o próprio Ministério Público de Santa Catarina promoveram uma análise do conflito sob a perspectiva puramente coletiva (difusa), adotando-se ao processo a roupagem clássica adversarial, sem espaço para a solução e discussão coletiva da lide, com outros interlocutores sociais.

Fora isso, a solução imposta judicial não buscou a construção, o debate e o acompanhamento do conflito subjacente, cujo instrumento de efetivação cingiu-se à imposição de multa sancionatória e à adoção de técnicas coercitivas atípicas para a tutela coletiva, a exemplo da responsabilização pessoal do titular do mandato eletivo.

## **5.2.ACP Nº 0905644-43.2017.8.24.0038, DE JOINVILLE: A SEGUNDA ABORDAGEM E O LITÍGIO ESTRUTURAL EDUCACIONAL**

O segundo caso de litígio estrutural sob análise diz respeito à garantia da implementação de vagas suficientes em educação básica obrigatória, na modalidade creches, para os municípios de Joinville/SC, especificamente na ampliação da rede com adicionais 30 (trinta) estabelecimentos/centros de educação infantil (CEIs) no prazo máximo de 180 dias.

Na pretensão exordial, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, não houve abordagem estrutural. O foco cingiu-se na obtenção de título executivo judicial para impor ao ente municipal o dever de implementação prática da solução que compreendesse conveniente (novamente com a delegação da solução prática do conflito à esfera administrativa) no prazo fixado na liminar, a ser confirmada posteriormente por sentença, sob pena de fixação de multa pecuniária. A demanda foi ajuizada em 28.07.2017.

A contestação foi apresentada em 09.05.2018, pontuando a necessidade de validação da opção democrática adotada pelo Município em planejamento estratégico, a inexistência de omissão estatal e a adequação da eleição do critério de vulnerabilidade como priorização de atendimento.

Na sentença de mérito de 29.06.2021, não houve debate sobre o litígio estrutural e sob forma de perfectibilizá-lo, determinando:

JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido deduzido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra o MUNICÍPIO DE JOINVILLE - resolução do mérito [CPC, artigo 487, inciso I] -, para, em consequência, DETERMINAR que o MUNICÍPIO, dentro do prazo de 3 [três] anos: "(a) disponibilize vaga em unidade de educação infantil, em período parcial ou integral, de acordo com a necessidade declarada e comprovada pelos pais ou responsáveis, para todas as crianças de até 5 (cinco) anos de idade cadastradas nas listas de espera ou que venham a requerer a matrícula, em unidade escolar o mais próximo possível da residência da criança, observado o limite máximo de 5 quilômetros. (b) não sendo possível, por motivo justificável, a disponibilização de vaga em local próximo à residência, forneça transporte adequado, com acompanhantes e adaptações nos veículos em que estas se fizerem necessárias, haja vista a tenra idade dos alunos, nos termos da lei. (c) forneça a vaga em unidade próxima ao local de trabalho do pai ou da mãe ou responsável, com quem reside a criança, se assim necessitarem e não houver vaga na unidade mais próxima da residência. (d) garanta que a demanda a ser gerada com a oferta das vagas seja atendida em ambientes físicos regulares e com número de crianças por sala adequados, inclusive disponibilizando profissionais correspondentes à quantidade de infantes inseridos na turma, e (e) inclua no orçamento anual o valor necessário para a manutenção e administração das vagas, inclusive com a equipe de profissionais legalmente adequada." [TJSC, AI n.º 5016865-72.2020.8.24.0000 - Evento 85]. Não há sucumbência [LACP, art. 18]. Há duplo grau de jurisdição [LACP, art. 19 e CPC, art. 496, inciso I]. Transitada em julgado, archive-se. Sem custas (ECA, art. 141, §2º).

Houve apelação cível interposta em 10.08.2021, ainda não apreciada ou julgada por parte do Tribunal de Justiça Catarinense. Não obstante, o *Parquet* buscou estabular, novamente, de forma extrajudicial e na pendência da apreciação do mérito recursal, um de Termo de Ajustamento de Conduta nos moldes clássicos, inclusive com a integração de multa diária e demais condicionantes da composição civil.

A segunda abordagem ignora o caráter irradiado e policêntrico da lide. Passa ao largo do debate de representatividade adequada, tanto quanto da construção coletiva da solução do litígio e da participação dos interessados para a superação dos entraves em decisões abertas, sem a restrição da coisa julgada *pro judicato*. A solução jurisdicional imposta não tenciona à superação da estrutura conflituosa da lide; tampouco busca a construção coletiva da solução, a partir de uma lógica de monitoramento.

Apesar disso, a abertura dos atores processuais para a utilização de um TAC estrutural, nos moldes propostos por Vitorelli (2021, p. 179-204) pode resgatar uma adequada resolução do litígio, viabilizando a reabertura do espaço de negociação e diagnóstico do problema e a definição de um plano a ser colocado em prática de forma monitorada, inclusive com a adoção de mecanismos de *compliance*.

## 6 RESULTADOS

Um dos primeiros resultados apresentados a partir da identificação baixa densidade prática das decisões judiciais exaradas em demandas que discutiam litígios estruturais subjacentes, tramitados sob a perspectiva de ações civis públicas coletivas, é a absoluta inadequação do modelo clássico.

A bem da verdade, a inadequação desse modelo está atrelada à potencial restrição do acesso à justiça (ARAÚJO, 2021, p. 1151-1154). A baixa representatividade dos integrantes legitimados para a tutela coletiva a partir da compreensão da Ação Civil Pública restringe o debate democrático que necessariamente deve ocorrer em lides estruturais.

Um controle sobre a ampla participação e a abertura de espaço para fala e promoção da construção dialógica do objeto e da solução em litígio parecem ser soluções mais adequadas aos problemas complexos enfrentados em processos estruturais, como aqueles dois avaliados nos subtópicos acima.

O segundo problema evidenciado relaciona-se com a ausência de especificação de um plano de ação acertado e concreto para a solução da lide estrutural. De acordo com Vitorelli (2021, p. 398-403), as dificuldades da implementação de decisões estruturais estão atreladas à tomada de decisão, à heurística e à existência de vieses cognitivos. A definição da forma de implementação das decisões demanda uma análise do caso sob uma perspectiva de disponibilidade do objeto, de representatividade das pessoas escolhidas para a construção da solução e, por fim, de uma ancoragem e ajustamento das medidas, autorrefletidas.

A solução estrutural é, portanto, autopoietica e autofágica, referindo-se a si mesma, buscando justificativa interna para se autoafirmar e se autoaperfeiçoar (LUHMANN, 2016). Por esse motivo, solucionar esses problemas demanda essencialmente cinco tomadas de posição:

- a) adotar técnicas de consciência e autoconsciência dos problemas;
- b) perceber os limites das reformas passíveis de implementação;
- c) definir expectativas temporais realistas;
- d) adotar um método dialógico de construção da decisão, possivelmente atrelado a formulação de audiência pública e a integração da sociedade (*town meeting*);

e) ter conhecimento do objeto da reforma e dos dados e resultados vinculados a medida implementada (VITORELLI, 2021, p. 411-424).

A autorreferência é um dos aspectos possíveis de interconexão dos litígios estruturais ao *compliance*. Programas de *compliance* exigem a criação de um canal de denúncias, de um comitê de *compliance* e da adoção de matrizes de risco para regular o apetite dos gestores. O *compliance* determina a avaliação e monitoramento de atividades, buscando garantir a aplicabilidade de leis e decisões judiciais incidentes. Não por outro motivo, se a execução estrutural busca referendar uma decisão judicial pretérita já exarada, reavaliando-se a progressão das medidas já implementadas, naturalmente a execução desse tipo de sentença exigirá a criação de programas de *compliance* internamente aplicados aos litígios estruturais em cumprimento de sentença. Não raras vezes, o cumprimento de sentenças estruturais exige a criação de órgãos administrativos de monitoramento, com diversas atribuições, a exemplo do que ocorreu na Suprema Corte Constitucional da Colômbia no caso dos *desplazamientos forzados* e da atuação da Defensoria Del Pueblo.

Evidentemente, a genericidade da decisão judicial proferida em demandas envolvendo litígios estruturais tramitados sob a lógica processual civil comum está diretamente relacionada à consciência do problema por meio de diagnósticos, dos limites da intervenção e da adequada escolha daqueles que comporão o time de legitimados que construirá a proposta a ser aplicada.

Em outras palavras, a remessa da proposição da solução à Administração Pública Municipal, falando-se de creches, sem a participação de Conselhos de Comunidade, Conselhos Municipal e Estadual de Educação, Defensoria Pública, Ministério Público, Judiciário e outros interlocutores públicos desconsidera o caráter policêntrico e irradiado do litígio estrutural na educação básica obrigatória.

A Defensoria Pública Estadual possui um papel primordial na construção de soluções dialogadas em litígios estruturais. Primeiro por representar ativamente e coletivamente a parcela de pessoas físicas vulneráveis afetadas pelo litígio estrutural e que detenham direitos sociais violados. Segundo porque, em matéria de creches, o debate do mínimo existencial está em voga, direcionando-se a prestação, em grande medida, às pessoas que detenham incapacidade financeira de custear educação infantil privada. Em terceiro lugar porque, de fato, a instituição que possui a

representatividade adequada para compor soluções coletivas estruturais é exatamente a Defensoria Pública Estadual para os casos de creches.

Por esse motivo, a despeito das demandas coletivas em estudo terem sido propostas pelo Ministério Público Estadual, defende-se a tese da ilegitimidade processual estrutural do *Parquet* para a definição sozinho, ou por imputação exclusiva ao ente municipal, do plano de ação e da forma de superação dos vícios orgânicos da estrutura em exame.

Desta forma, toda execução estrutural de casos coletivos de creches, ainda que não componham a lide processual de origem, exige a integração da Defensoria Pública Estadual como instituição inata para a discussão e validação do projeto a ser colocado em prática pelas partes.

A execução estrutural é uma execução coletiva, não porque beneficia um grupo plural de pessoas, mas porque demanda a integração, participação e adoção de medidas ativas e resolutivas por todas as partes interessadas, num modelo não adversarial e cooperativo.

Na implementação das medidas, um passo anterior e pressuposto é a liquidação coletiva, podendo resolver casos omissos e não avaliados preteritamente dada a retenção de jurisdição acima abordada (FARIA, 2021, p. 191-210).

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou confirmar, sob uma perspectiva hipotético-dedutiva, a insuficiência do modelo clássico de execução civil à solução dos litígios estruturais envolvendo prestações estatais em direitos sociais, com enfoque ao direito à educação.

Partindo-se da concepção de um direito à educação interconectado à educação básica obrigatória e ao caráter subjetivo da prestação, compreende-se que a solução coletiva das demandas educacionais, sobretudo das creches, apesar de não estarem naturalmente afetas ao texto constitucional, sob uma perspectiva de verticalização do processo civil à luz da Constituição e dos princípios incidentes e, ainda, diante do incentivo do uso de soluções coletivas negociadas para a superação eficiente de entraves nas organizações públicas de prestação de serviços de educação parece ser o melhor caminho a ser seguido.

A sugestão decorre justamente da insuficiência dos provimentos jurisdicionais liminares e definitivos nos casos jurisdicionais estudados, oriundos do Estado de Santa Catarina. A inadequação do modelo, confirmou a hipótese de que a execução civil não tensiona a resolver efetivamente os problemas, cuja solução prática têm sido perseguida extrajudicialmente, por meio de Termos de Ajustamento de Condutas firmados perante o *Parquet*, apesar da tramitação processual de ações coletivas. A baixa produção probatória nos autos e o parco diálogo intersubjetivo (*town meeting*) demonstram que a adoção de processos estruturais em demandas envolvendo creches pode levar a uma maior performance da implementação do direito à educação na jurisdição civil brasileira.

Por fim, as conclusões do presente estudo direcionam-se a uma maior participação e a maior envergadura da atuação Defensoria Pública Estadual em litígios coletivos estruturais como órgão de representação processual adequado dos particulares para a definição e implementação do programa de superação dos estraves organizacionais.

Em outros termos, sua participação legitima as soluções estruturais e é condição *sine qua non* de validação da proposta de superação dos entraves.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas de. A sentença estruturante e o pleno acesso à justiça. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos estruturais**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 1135-1149.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 16, n. 61, jan./mar. 1991.

CNJ — Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**. Brasília, DF: CNJ, 2020.

COSTA, Susana H. da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade?: uma análise do Litígio sobre Creche e pré-escola no Município de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 449-473.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Raphael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturais. **Civil Procedure Review**. v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos estruturais**. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 191-210.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, Nov. 1979.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. *In*: ZANETI JR. Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 333-361.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 45, jan./mar. 1982.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela Coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização de decisões judiciais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STJ — Superior Tribunal de Justiça. **Embargos em Recurso Especial 1.192.577-RS**. Corte Especial. Ministra Laurita Vaz. Data do Julgamento: 21.10.2015. Data da Publicação: 13.11.2015.

STJ — Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 888.081-MG**. Quarta Turma. Ministro Raul Araújo. Data do Julgamento: 15.09.2016. Data da Publicação: 18.10.2016, REVPRO volume 265, p. 490.

STJ — Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1.854.842-CE**. Terceira Turma. Ministro Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 02.06.2020. Data da Publicação: 04.06.2020.

STF — Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 341.717-SP**. Pleno. Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 10.06.2002. Data da Publicação: 07.08.2002.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e Prática**. Salvador: Juspodivm, 2021.

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PREMISSA  
FUNDAMENTAL DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

*THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AS A  
FUNDAMENTAL PREMISE OF THE EXECUTION OF THE PRISON SENTENCE*

*EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA COMO PREMISA  
FUNDAMENTAL PARA LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE  
LIBERTAD*

**Gabriel Cardoso Cândido<sup>1</sup>**

**RESUMO**

Esta pesquisa apresenta como finalidade a defesa, de modo radical, pelo respeito à dignidade da pessoa humana no curso do processo de execução da pena de privação de liberdade, sem a qual o Estado brasileiro não terá legitimidade para executá-la. Pretende-se apresentar o referido princípio, juntamente às inúmeras legislações nacionais e internacionais que resguardam as garantias dos encarcerados. Almeja-se, em seguida, apresentar a realidade degradante e inconstitucional do sistema prisional brasileiro, extraindo eixos de análise decorrentes do contexto carcerário e dos institutos da execução penal. Esta reflexão ocorrerá a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal e de reivindicações ao Poder Público de pessoas privadas de liberdade, que expõem as condições desumanas e degradantes do sistema carcerário brasileiro. Posta a situação degradante do sistema prisional, questiona-se a viabilidade política e jurídica em manter o encarceramento da forma pela qual este foi forjado e é operacionalizado. Nesse sentido, propõe-se sinalizar caminhos para superar a execução ilegal e desumana da pena privativa de liberdade no Brasil.

**Palavras-chave:** garantias fundamentais; cárcere; execução penal; direitos humanos.

**ABSTRACT**

This research presents as purpose the defense, in a radical way, for the respect of the dignity of the human person in the course of the execution process of the penalty of deprivation of liberty, without which the Brazilian State will not have legitimacy to execute it. The intention is to present this principle, together with the numerous national and international legislations that safeguard the guarantees of the imprisoned. It is intended, then, to present the degrading and unconstitutional reality of the Brazilian prison system, extracting axes of analysis arising from the prison context and the

---

<sup>1</sup> Advogado criminalista. Discente da Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8140715906578289>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5618-9784>

institutes of penal execution. This reflection will occur from the recognition of the unconstitutionality of the Brazilian prison system by the Federal Supreme Court and claims to the Public Power of people deprived of freedom, which expose the inhuman and degrading conditions of the Brazilian prison system. Given the degrading situation of the Brazilian prison system, the political and legal feasibility of maintaining imprisonment in the manner in which it was forged and is operationalized is questioned. In this sense, it is proposed to indicate ways to overcome the illegal and inhumane execution of imprisonment in Brazil.

**Keywords:** fundamental guarantees; prison; penal execution; human rights.

## RESUMEN

Esta investigación presenta como propósito la defensa, de forma radical, del respeto a la dignidad humana en el transcurso del proceso de ejecución de la pena de privación de libertad, sin la cual el Estado brasileño no tendrá legitimidad para ejecutarla. Se pretende presentar este principio, junto con las numerosas leyes nacionales e internacionales que salvaguardan las garantías de los encarcelados. Se pretende, entonces, presentar la realidad degradante e inconstitucional del sistema penitenciario brasileño, extrayendo ejes de análisis derivados del contexto carcelario y de los institutos de ejecución penal. Esta reflexión se producirá a partir del reconocimiento de la inconstitucionalidad del sistema penitenciario brasileño por parte del Tribunal Supremo y de las reclamaciones al Poder Público de personas privadas de libertad, que exponen las condiciones inhumanas y degradantes del sistema penitenciario brasileño. Dada la situación degradante del sistema penitenciario brasileño, se cuestiona la viabilidad política y jurídica de mantener el encarcelamiento en la forma en que se forjó y se opera. En este sentido, se propone señalar caminos para superar la ejecución ilegal e inhumana del encarcelamiento en Brasil.

**Palabras clave:** garantías fundamentales; prisión; ejecución penal; derechos humanos.

Data de submissão: 21/02/2022

Data de aceite: 04/04/2022

## 1 INTRODUÇÃO

*Vou fazer uma comparação grosseira, só para o senhor entender: Pega um cachorro que foi maltratado e coloca na jaula e trata com respeito e dignidade pode ter certeza que ele vai si tornar um animal dócil e preparado para viver em sociedade para viver em qualquer lugar mas se jogá-lo na jaula e só maltratar humilhar pode ter certeza que ele vai ficar 10 vezes pior que entrou.*  
Depoimento extraído de Felisberto (2018, p. 142).

O depoimento acima referenciado retrata o cárcere brasileiro como uma jaula onde se colocam animais maltratados e humilhados. A despeito das incontáveis

legislações que manifestam o dever-ser, as condições do sistema prisional brasileiro, historicamente, mostram-se precárias em relação ao acesso a direitos fundamentais, à infraestrutura, ao tratamento digno dos encarcerados e à reabilitação do indivíduo à sociedade extramuros.

A execução penal no Brasil, no que concerne à pena privativa de liberdade, deve observar em todos os procedimentos princípios legais, constitucionais e convencionais que orientam o processo de cumprimento da pena no cárcere. A garantia constitucional da dignidade da pessoa humana há que orientar todo e qualquer ato atinente à pena de prisão, desde a produção legislativa, o devido processo legal, até os procedimentos administrativos realizados de maneira distinta em cada penitenciária a depender de sua direção.

Pretende-se afirmar a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental para se discutir questões atinentes ao sistema carcerário. Propõe-se, ainda, expor a situação degradante do sistema carcerário brasileiro com as inúmeras supressões de direitos decorrentes desta, mediante a mobilização da ADPF 347, que reconheceu o sistema prisional brasileiro como um estado de coisas inconstitucional, e de testemunhos de pessoas encarceradas, propondo caminhos de discussões a partir disso.

Diante da realidade inconstitucional do sistema carcerário, almeja-se, por fim, discutir meios para erradicar o aprisionamento à margem dos parâmetros legais e defender a aplicação do *numerus clausus* e suas categorias, meio para se combater a superlotação carcerária e todos os problemas derivados desta, seja o *numerus clausus* preventivo, o *numerus clausus* direto, seja o *numerus clausus* progressivo.

## 2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No arcabouço normativo sobre o qual a lógica do dever-ser encontra sustentação há diversos documentos normativos que verbalizam os direitos e garantias fundamentais que devem ser resguardados no curso da privação de liberdade, em que se destaca a Lei de Execução Penal (LEP), bem como tratados internacionais, que visam estabelecer os padrões mínimos ao tratamento das pessoas recolhidas ao cárcere.

A finalidade do presente capítulo constitui na afirmação da dignidade da pessoa humana como marco inicial para se pensar todos os atos da execução penal brasileira, ou seja, afirmar o dever-ser. Nas lições de Juarez Tavares (2020, p. 85), “o princípio de proteção da dignidade humana deve servir de limitação e ainda de parâmetro para a criação de normas jurídicas, sua aplicação e execução”, vinculando todo o Poder Público.

A questão posta, todavia, consiste em um evidente divórcio entre o direito positivado e a realidade, sobre a qual abordaremos no capítulo seguinte.

Sobre a dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva (2006) aponta ser o marco unificador dos direitos fundamentais, normas estas que trazem eficácia ao presente princípio. Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo (2002) nos apresenta pressupostos interligados da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico:

- a) inviolabilidade da integridade física, moral e psíquica dos indivíduos;
- b) acesso aos recursos materiais elementares para a vida;
- c) a liberdade e a igualdade serem assegurados no convívio em sociedade.

A Constituição Federal atribuiu o princípio da dignidade da pessoa humana como um pilar fundamental ao Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, inciso III do texto constitucional. Agregado a essa perspectiva, ressalta-se o princípio da prevalência dos direitos humanos assumidos pelo Estado brasileiro em suas relações internacionais, norma posta no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal. Constata-se, dessa forma, o compromisso firmado pelo constituinte de zelar pela dignidade da pessoa humana, orientando as ações do Poder Público no âmbito nacional e internacional por este princípio.

A realidade carcerária brasileira deve estar em conformidade absoluta aos parâmetros da dignidade humana. Diante desse contexto, a Constituição Federal previu dispositivos direcionados à garantia da dignidade: vedação à tortura e a tratamentos desumanos (art. 5º, III), vedação à pena de morte, às penas de caráter perpétuo, às penas de trabalhos forçados, às penas de banimentos ou quaisquer outras penas cruéis (art. 5º, XLVII) e a proteção da integridade física e moral dos apenados (art. 5º, XLIX).

Bitencourt (2017, p. 73) define a dignidade da pessoa humana como “um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si”. Segundo o professor, esse princípio estrutura a ação estatal em que o poder punitivo “não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”.

Os tratados internacionais possuem relevância ímpar em estabelecer patamares mínimos de condutas que os Estados devem seguir, com a finalidade de alcançar a tutela da dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu em seu artigo 5º que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, assim como a Regra 43 das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Presos, que rechaça qualquer manifestação de penas aviltantes à condição de humanos dos encarcerados. Pode-se extrair dessa vedação outras normas internacionais que visam garantir condições básicas às pessoas privadas de liberdade.

Ainda referente aos tratados internacionais, a Convenção Americana de Direitos Humanos afirma em seu artigo 5.2 que “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Nesse mesmo sentido de afirmação da garantia de tratamento digno aos indivíduos privados de liberdade, nota-se o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 10.1), Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão da ONU (Princípio 1) e os Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos da ONU (Princípio 1). O princípio da dignidade da pessoa humana na execução penal se manifesta primordialmente pela garantia de acesso a direitos mínimos, ora fundamentais à existência humana.

O preso deverá possuir todos os direitos assegurados a um cidadão não privado de liberdade, ressalvados aqueles decorrentes da sentença condenatória ou da legislação, qual seja, primordialmente: a liberdade, sendo certo o respeito da integridade física e moral do apenado, este é o raciocínio que pode ser extraído da conjugação do artigo 3º da LEP com o artigo 38 do Código Penal. Os presentes dispositivos mostram que o direito das pessoas privadas de liberdade constitui o

principal limitador da prisionalização, principalmente diante do princípio da legalidade em que “os efeitos da condenação penal devem se circunscrever apenas aos gravames legais ou judiciais afetos à liberdade ambulatorial, descabendo quaisquer outras sanções ou restrições ao condenado” (ROIG, 2021, p. 97). Para além da reserva legal, há de se notar também o princípio da vedação ao *bis in idem*, haja vista que o “condenado não pode, a um só tempo e pelo mesmo fato, perder sua liberdade e outros direitos a ela não diretamente relacionados” (ROIG, 2021, p. 97).

A LEP institui direitos das pessoas privadas de liberdade com aplicabilidade efetiva, considerando-se que as garantias de direitos das pessoas privadas de liberdade não podem vir a ser um conjunto de regras meramente programáticas, ainda que contidas em outros documentos normativos diversos da LEP (ROIG, 2021). Valois (2021, p. 13) comenta que em muitos casos os direitos dos presos são enxergados como benefícios, porém o autor expõe que considerar as garantias dos encarcerados como benefícios “é passar uma ideia de fraqueza dos seus direitos, como se fosse algo concedido e não algo que os presos podem exigir”, entretanto esses direitos representam garantias, de fato, exigíveis.

Dessa forma, salienta-se a impossibilidade de o Poder Público alegar a cláusula da reserva do possível para não garantir o que as normas preveem. Roig (2021) afirma que a teoria da reserva do possível pela escassez de recursos não pode ser utilizada em contextos de violações de direitos humanos essenciais, os quais são provocados pela inadimplência das obrigações positivas do Estado de garantir o acesso a direitos das pessoas privadas de liberdade. O autor ainda traz uma provocação pertinente à teoria em questão:

Curioso observar que a reserva do possível, tão lembrada pelas autoridades públicas para se justificar o não investimento prisional, o não fornecimento de medicamentos ou a não realização de internações médicas em benefício das pessoas presas, é ao mesmo tempo tão esquecida no momento de se aceitar a entrada de mais pessoas no sistema penitenciário, superlotando-o. (ROIG, 2021, p. 30)

O Estado exerce um controle absoluto do indivíduo privado de liberdade, por essa razão que este avoca para si a condição de garantidor e, conseqüentemente, a obrigação de zelar pelos direitos humanos do encarcerado, tanto com obrigações de não fazer quanto de fazer. As obrigações de não fazer que o Estado assume

consistem no fato de frear os impulsos autoritários e não vilipendiar as diversas esferas da dignidade da pessoa encarcerada. Por outro lado, o Estado deve assumir uma postura ativa de promoção das garantias e de acesso a direitos dentro do cárcere, como nos ensina o professor Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 54): “o princípio da humanidade não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação das penas cruéis ao cidadão livre, mas proíbe também a concreta execução cruel de penas legais ao cidadão condenado”. Postas essas considerações, destaca-se o artigo 41 da LEP, que institui um rol de direitos dos presos, rol este não exaustivo.

O sujeito privado de liberdade há que receber assistência material, assistência à saúde, assistência jurídica, assistência educacional, assistência social, sendo facultada também a assistência religiosa, com a finalidade objetiva de colaborar com a ressocialização do apenado e reduzir as possibilidades deste retornar a cometer outros crimes – eis a perspectiva trazida pela LEP em seu artigo 10 e seguintes.

A *assistência material* visa amparar o preso dos elementos fundamentais para sua dignidade e para a sua sobrevivência, pois ele estará sem condições de prover, haja vista estar completamente sujeito ao Estado e à sua respectiva institucionalização por meio do cárcere. O condenado “vivencia uma barreira entre o mundo interno e o externo, na sequência de horários estabelecidos e rotinas diárias obrigatórias diferentes de sua vida pregressa; e, sobretudo, no despojamento de seu papel social” (MINAYO; RIBEIRO, 2016). Diante desse cenário, o Estado se responsabiliza pelo fornecimento da alimentação, de roupas e de uma estrutura adequada para a higiene pessoal dos encarcerados, tendo em vista, ainda, as demandas de higiene distintas entre homens, mulheres e transexuais. Nesse sentido, afirma o documento “Monitoramento de Locais de Detenção: um guia prático”:

Ao privar uma pessoa de sua liberdade, as autoridades assumem a responsabilidade de atender às necessidades vitais dessa pessoa. A privação de liberdade tem em si mesma um caráter punitivo. O Estado não tem a autoridade para agravar isto mediante más condições de detenção, que não cumpram com os padrões internacionais que o Estado se comprometeu a respeitar. Para a preservação da dignidade humana das pessoas presas, é essencial que estas tenham condições de vida decentes. As áreas de alojamento, a alimentação e higiene são fatores que contribuem ao sentimento de dignidade e bem-estar dos presos. (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 153).

No que se refere à *assistência à saúde*, a LEP impõe que deve ser exercida tanto no aspecto preventivo quanto curativo, possibilitando o acesso do preso, quando necessário, a médicos, farmacêuticos e dentistas. O legislador, através da Lei nº 11.942/2009, priorizou o acompanhamento médico destinado à mulher grávida, ao nascituro e, posteriormente, ao recém-nascido. Ressalta-se, ainda, que, caso o estabelecimento prisional não possua a infraestrutura devida para a realização dessa assistência, ela deverá ser fornecida em local diverso à prisão.

A *assistência jurídica* tem como objetivo o atendimento de encarcerados que não possuem condições financeiras suficientes para arcar com as despesas de um advogado privado. A Defensoria Pública constitui um papel extremamente relevante no que se refere ao acesso à justiça, disponibilizando assistência jurídica, integral e gratuita aos encarcerados. Dessa forma, é de responsabilidade das Unidades Federativas auxiliar, naquilo que for necessário, a Defensoria Pública, tendo em vista a melhor prestação da assistência jurídica gratuita.

A previsão legislativa acerca da *assistência educacional* abrange tanto o ensino escolar quanto a formação profissional do preso, com a orientação de que cada estabelecimento prisional possua uma biblioteca para colaborar no processo educacional. Desse modo, com a finalidade de afinar as políticas públicas direcionadas à educação de pessoas privadas de liberdade, a LEP determina os parâmetros pelos quais o censo penitenciário deve ser orientado, a fim de que haja um mapeamento dos direitos que ainda não foram garantidos e maior assertividade na implementação destes.

A *assistência social*, por sua vez, visa prestar o apoio necessário ao apenado para a restituição de sua liberdade. Cabe à assistência social zelar pelas demandas dos presos e comunicar à direção do estabelecimento prisional os problemas apresentados por eles, bem como acompanhar a repercussão das permissões de saídas e das saídas temporárias ao apenado, orientá-lo nas últimas fases do cumprimento da pena para facilitar o retorno ao convívio social, prestar auxílio de informação e amparo à família do preso, entre outras funções.

A *assistência religiosa* será prestada aos apenados que assim desejarem, respeitando as determinações constitucionais (Art. 5º, VI, CRFB, 1988)<sup>2</sup> que tutelam a liberdade religiosa e a laicidade do Estado brasileiro averbada no artigo 19, inciso I, do texto constitucional. Ressalta-se, portanto, que nenhum integrante do sistema prisional deverá ser impelido de participar de qualquer ato de cunho religioso.

Todas as garantias construídas e positivadas em âmbito nacional e internacional visam realizar o princípio da dignidade da pessoa humana na esfera da execução penal concernente à pena privativa de liberdade, sendo certo que este princípio é “intimamente vinculado ao Estado Democrático de Direito, no qual o ser humano é tido como sujeito, e sujeito ativo, como fim em si mesmo” (QUARESMA; GUIMARAENS, 2006, p. 468). Caso o próprio Estado atue ou se omita em desfavor do cidadão, irá se abdicar, como consequência lógica, de se caracterizar como Estado Democrático de Direito e se transformará em um Estado autoritário (TAVARES, 2020, p. 82). O autor arremata seu raciocínio ao demonstrar que a preservação da dignidade consiste em pressuposto para o exercício da cidadania plena (TAVARES, 2020, p. 83).

Entretanto, ao observar a realidade carcerária brasileira notamos uma dissonância perversa das normas jurídicas postas. Bitencourt (2017, p. 73) afirma que “nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social”. Nesse viés, Nicolitt (2020) acentua que toda vez em que o Estado dispensa um tratamento ao cidadão que desconsidera sua condição de humano, este está em grave violação à dignidade da pessoa humana.

### **3 SUPRESSÃO DE DIREITOS: NARRATIVAS ENCARCERADAS**

Tendo em vista o distanciamento entre as previsões normativas e a realidade carcerária, propõe-se abordar as contradições postas, diante da coexistência entre as inúmeras afirmações de direitos e as diversas negações de humanidade aos encarcerados, perpetradas através das violações sistemáticas aos direitos fundamentais.

---

<sup>2</sup> Art. 5º, inciso VI, CRFB, 1988: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Pretende-se extrair eixos de análise a partir da exposição dessas violações, tendo como perspectiva cartas<sup>3</sup> de pessoas privadas de liberdade ao Poder Público, contidas no livro *Vozes do Cárcere: ecos da resistência política*, de Thula Pires e Felipe Freitas (2018), que se farão presentes na abordagem do presente capítulo. O projeto trabalhou com 8.818 cartas encaminhadas à ouvidoria do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) no ano de 2016.

As cartas denunciam violações sistemáticas e estruturais à dignidade das pessoas então encarceradas, observa-se:

- a) a superlotação carcerária;
- b) ambientes insalubres;
- c) a infraestrutura precária;
- d) o acesso deficiente aos serviços de saúde pública;
- e) negligência com a saúde mental dos presos;
- f) tortura e tratamento degradante;
- g) fornecimento de alimentação insatisfatória;
- h) fornecimento de água potável incerto;
- i) as múltiplas violências dentro do sistema penitenciário;
- j) o (in)devido processo legal durante a execução penal.

Destacam-se experiências de pessoas privadas de liberdade atinentes ao tratamento degradante sofrido durante o cumprimento de pena no cárcere, por meio dos depoimentos que se inserem no círculo de “violência institucional, no qual os direitos são violados para punir e controlar os indivíduos, sobretudo, porque estes homens e mulheres não são considerados seres humanos” (XAVIER, 2018, p. 343):

a) a *superlotação carcerária*, diante de casos que demonstram espaços prisionais acolhendo mais que o triplo de sua capacidade:

Não consigo mais conviver com 50 pessoas onde o limite é 12 pessoas, me trazendo muita agonia. Meu bigode está caindo pelo alto stress que ‘paço’. Estou pensando em me isolar no castigo para esperar por algo pois além da superpopulação e falta do trabalho, tem o racionamento d’água, a muita fumaça de cigarro, o calor sufocante, o barulho enlouquecedor devido à superpopulação na cela. (PIRES, 2018, p. 198).

---

<sup>3</sup> Os depoimentos aqui transcritos mantêm a grafia original das cartas escritas pelas detentas e detentos publicadas no livro *Vozes do Cárcere: ecos da resistência política*.

b) *ambientes insalubres*, diante da negação de direitos essenciais, como a alimentação e o acesso a atendimento médico:

Estou passando os piores dias da minha vida, aqui a comida chega quase sempre estragada, o tratamento é ruim somos tratados como bicho. Essa semana que passou pegaram todos os cobertores da cela com o frio que está fazendo. Tenho problemas de saúde, minha família gasta muito trazendo medicamentos, tenho sentido uma dor que não sei o que pode ser e não consigo médico. (XAVIER, 2018, p. 344).

c) *a infraestrutura precária*, como pode ser observado diante narrativa da seguinte carta:

O que tem acontecido aqui, falta de ventilação, falta d'água, não temos banho de sol, assim temos que ficar gritando para poderem vim uma vez ao dia. Não tem remédio, quando tem ficam prendendo, quando tem visita é ao ar livre (tudo bem e bom!), mas quando está frio ficamos no relento, já teve algumas vezes que ficamos sem lanche, sem ter o que comer, e isso acontece com o café da manhã também. É muita umidade na cela e tem coleguinha que dorme no chão com infiltração. Aqui eu sou seguro, somos muito mais humilhado, visto como mostro, bicho perante as outras presas. Estamos no século 20, isso tem que acabar, somos filhos de Deus, ser humano como eles. Quando voltarem aqui, não mostre essa carta, pois irei passar por represaria depois que vocês irem embora. Fique na paz! (BARBOSA, 2018, p. 461-462).

d) *o acesso deficiente aos serviços de saúde pública*, destaca-se o testemunho de uma detenta vítima de um sistema prisional que não a reconhece como sujeito possuidora de direitos:

[...] estou aqui para contar um pouco do sofrimento e maus-tratos que estou passando aqui no presídio. Eu fiz uma cirurgia no dia 07 de março. Começou pelo erro do médico, que fez minha cirurgia como se eu fosse um cachorro. Ele fez a cirurgia, costurou a minha barriga, não drenou e aí veio o sofrimento: a minha barriga começou a inchar; eu fiquei no desprezo; aí eu pedi para passar para o médico aqui no presídio. Como ninguém queria saber o que eu estava sentindo, eu comecei a guerra pela minha saúde. Até policial da PM e GEOP invadiu o presídio, por que quem sente sua dor é que geme. Eu pedi, pelo menos, um medicamento. Elas não me deram e eu chamei a atenção do presídio todo, pois estava morrendo de dor. Depois que viram que a coisa estava ficando séria, elas me levaram para o mesmo hospital, mas o médico que me operou não estava. No momento tinha outro lá. Ele teve que abrir dois pontos. Quando abriu, eu fiquei abismada. Saiu muita secreção e o médico falou que se eu demorasse mais uns dias, ia dar uma infecção que poderia me matar. Fiquei com medo, sim, e foi aí que comecei a lutar pelo meu direito. Com meu curativo ensopado, pedia para ela trocar e ela não queria. Chegou dia de meu curativo passar de 24 horas. Estava ficando mal-cheiroso e a gaze azulada. Meus remédios tive de tirar do bolso. Então, chegou ao ponto de eu não querer entrar na cela até que trocassem meu curativo. Chamaram a polícia pra mim. Os policiais chegaram brutos. Queriam me agredir. Mas as prezadas do plantão disseram que eu estava operada. Eu sei que aqui no

presídio, quando a gente luta pelos nossos direitos, elas acham ruim. Então, me colocaram na tranca operada. Vocês têm que vir aqui dentro para vocês verem quantas internas sofridas têm aqui sem medicamento. Peço que venham um dia aqui ver todos os sofrimentos. (CARRASCOSA, 2018, p. 29-30).

e) *negligência com a saúde mental dos presos*, visto os poucos atendimentos com profissionais especializados, além de outras violências, como relatado abaixo, médico que receita remédio para dormir para qualquer que seja a demanda de saúde do preso:

[...] não temos psicólogo nem psiquiatra na unidade, à onde quando um reeducando chega a demonstrar algum problema psicológico devido às opressões da unidade e por falta desses profissionais, acaba cometendo suicídio [...] Temos um médico na unidade que vem na parte da mana e atende 5 presos e vai embora, pois o mesmo trabalha no [XXXX] mais o atendimento que ele nos oferece é da seguinte forma, si a gente chega lá com problema no coração, na cabeça, no peito, ou em qualquer parte do corpo o único diagnóstico que ele passa é problema de ansiedade e receita clonazepam, ou seja, remédio para dormi e vai embora. Si a secretaria da saúde fizer uma análise na unidade, vai constatar que a capacidade que é para 332 presos mais de 80% acaba tomando, pois si não acaba louco, pois muitos que estão aqui já estão perdendo a vontade até de viver [...] (XAVIER, 2018, p. 345-346).

f) *tortura e tratamento degradante*, diante das múltiplas supressões de direitos, que trazem como consequência a negação da humanidade das pessoas privadas de liberdade:

Aqui neste sistema penitenciário, as coisas aqui são bem precárias, muitas vezes falta atendimento no ambulatório, pessoas passam mal e não são atendidas. A gente manda chamados catuque e nem dão atenção, falta de humanidade, e a comida estragada, água com penas de pombo. Na nossa cela tem muitas pessoas no chão, superlotação, quase 60 pessoas, são mulheres que já venceram benefício e nunca foram transferidas. E não temos o direito ao trabalho, pois somos discriminadas por ser “seguro”, só o convívio tem o direito, a chance de trabalhar. O cidadão tem a chance de trabalhar, existe o direito constitucional brasileiro. O próprio presídio discrimina. Eu acho que tanto a justiça e o Ministério Público, deveria rever essa questão. Eu tive meus cabelos cortados, sofri coisas horrendas neste lugar. Sofro muito com a desigualdade, quero lutar para eu ser uma cidadã, na qual tem o direito de ter a 2ª chance na ‘SOCIEDADE’. (BARBOSA, 2018, p. 458).

g) *fornecimento de alimentação insatisfatória*, diante de relatos que apontam a baixa qualidade das refeições, assim como quantidades insatisfatórias:

Referente a alimentação, a mesma e totalmente inadequada, detentos enfermos que deverião ter uma dieta alimentar, a mesma nunca existiu. Os alimentos chegaram azedos frequentemente, como leite e feijão. A quantidade

também é bem inferior a qual um ser humano necessita para sobreviver. (XAVIER, 2018, p. 348-349).

h) *fornecimento de água potável incerto*, diante de denúncias de presos que apontam a insalubridade da água destinada ao consumo:

Não temos água potável, pois a água que é fornecida para nós é puro calcário, e isso vem causando vários problemas renais e estomacais em nós. Si pedir à secretaria da saúde para fazer uma análise da água, o senhor pode ter certeza que vai dar acima do normal... (PIRES, 2018, p. 201-202).

i) *as múltiplas violências dentro do sistema penitenciário*, diante de relatos de agressão e corrupção dentro das penitenciárias, como narra o detento que diz já ter sido agredido “e oprimido de várias formas por funcionários corruptos e sem preparação nenhuma, que só se consegue [sic] algo através de propina. Pois assim é feita a lei aqui” (CARUSO *et al.*, 2018, p. 287), bem como os relatos de violência entre os detentos:

Eu fui gravemente agredida por outras 14 detentas por estar numa cela de oposição à facção. [...] Numa vez que estava com muita dor de cabeça, pedi por favor um remédio pra agente e ela me deu e depois eu disse muito obrigada pra ela. Depois disso as outras detentas da cela me bateram e disseram que eu não posso ser educada com os agentes e que já era obrigação deles me darem o remédio. (CARUSO *et al.*, 2018, p. 283).

j) *o (in)devido processo legal durante a execução penal*, quando os direitos pertinentes à execução da pena não são observados devidamente, como a progressão de regime:

Srs(as), se já cumprimos o que a lei nos determina, por que esses magistrados(as) não nos concedem a liberdade de acordo com essa mesma lei? O que queremos é apenas voltar ter o nosso direito de estar novamente com nossos familiares e retornar ao convívio da sociedade, ao trabalho e estudos. [...] Sou um dos mais de 35 presos com benefícios vencidos nesse anexo com mais de 180 presos, sendo anexo e unidade prisional para apenas regime fechado. Então estamos fazendo o quê nessa unidade? Estou com benefícios vencidos (condicional vencida) no meio de presos com até mais de 80 anos de condenação [...] Pedimos SOCORRO pois já enviamos pedidos como esse à todos os órgãos ‘competentes’ locais e não obtemos nem retorno. Nossa situação está dramática! (PIRES, 2018, 189).

Constata-se a impossibilidade compreender a situação carcerária em sua integralidade sem que seja dada a devida atenção política, acadêmica e jurídica às narrativas e às experiências dos encarcerados. As condições indignas postas no

sistema carcerário brasileiro são consequências do não reconhecimento da humanidade plena das pessoas aprisionadas (XAVIER, 2018).

O cenário ultrajante do cárcere brasileiro suscitou a propositura da Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) 347, oportunidade na qual o STF reconheceu que as condições que abrangem as prisões brasileiras constituem um estado de coisas inconstitucional, conceito jurídico advindo da Corte Constitucional Colombiana utilizado quando há violações sistemáticas e estruturais à ordem constitucional e aos direitos, atingindo uma quantia significativa da população (STF, ADPF 347, Petição Inicial). O termo “estado de coisas inconstitucional” abrange elementos que perpassam pela ofensa múltipla dos direitos fundamentais e pela omissão das autoridades em enfrentar a situação (PIRES, 2018).

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs perante o STF a ação constitucional, com o principal objetivo de tornar efetivas as diversas afirmações de direitos, abordadas no capítulo anterior, a fim de que o ambiente prisional seja mais digno aos que se encontram privados de liberdade. Nesses termos, requereu a declaração do sistema prisional brasileiro como um estado de coisas inconstitucional. A inicial apresentou diversas violações de direitos, mínimos à construção de uma vida digna, no cárcere brasileiro, comparando-os a “verdadeiros infernos dantescos” (STF, ADPF 347, Petição Inicial). Os pedidos foram subdivididos em pedidos cautelares e pedidos definitivos, que, em síntese, requereram uma postura ativa dos entes estatais ao tratar a questão carcerária.

As medidas cautelares requeridas (ADPF 347, Petição Inicial) perpassaram principalmente os seguintes pedidos, a fim de vincular todo o Poder Judiciário: i. determinação a todos os magistrados que decretarem ou manterem uma prisão processual para motivarem o porquê da decisão, além da necessidade de se manifestarem acerca da não aplicação das medidas cautelares diversas da prisão contidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; ii. realização de audiências de custódia no período máximo de 24h após a prisão, em respeito ao artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e ao artigo 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; iii. sempre que a legislação possibilitar, os magistrados deverão optar por penas alternativas à privativa de liberdade, diante dos princípios da proporcionalidade e da humanidade; iv. poder-dever do juiz da execução penal em amenizar os

requisitos para a progressão de regime, para o livramento condicional e para a suspensão condicional da pena, quando as condições da execução da pena privativa de liberdade estiverem mais graves do que previsto na lei e na sentença; e, por fim, destaca-se a: v. liberação da verba contida no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), vedando à União reter esta verba até que não haja mais o estado de coisas inconstitucional nas prisões brasileiras.

Em breve análise, o pedido definitivo (STF, ADPF 347, Petição Inicial) conteve a confirmação das medidas cautelares, a declaração do sistema penitenciário brasileiro como estado de coisas inconstitucional, além da elaboração de um Plano Nacional<sup>4</sup> direcionado à superação das inconstitucionalidades do sistema prisional brasileiro. O STF admitiu a inconstitucionalidade do estado de coisas do cárcere brasileiro, tendo o reconhecido a necessidade de o Poder Público se responsabilizar por esse estado de coisas, imputando à situação carcerária como consequência da “falha estatal estrutural” (STF, ADPF 347, Voto do Relator).

O parâmetro normativo que fundamentou a inconstitucionalidade do cárcere brasileiro afirmado pelo STF, em resumo, consistiu na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), na vedação à tortura e a qualquer tratamento degradante (art. 5º, III, CRFB), na vedação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, CRFB), no respeito à saúde física e psicológica do preso (art. 5º, XLIX, CRFB), no devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB), nas garantias abrangidas pelo contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB), além dos direitos sociais (art. 6º, CRFB).

Para além da decisão do STF, no âmbito internacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos produziu um documento acerca da “Situação dos direitos humanos no Brasil”, publicado em 12 de fevereiro de 2021. Dentre os diversos

---

<sup>4</sup> O presente Plano Nacional deveria conter projetos para: “(i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT” (STF, ADPF 347, Petição Inicial, p.70-73).

temas abordados, encontra-se a situação dos direitos humanos no contexto carcerário brasileiro. A Comissão apontou feridas abertas presentes na execução das penas privativas de liberdade no cárcere brasileiro, destacando, primeiramente que o confinamento prolongado e com difícil acesso às políticas públicas “além de expor os detidos a maiores abusos e violações de direitos humanos, torna praticamente impossível a sua reintegração social” (CIDH, 2021, p.70-71).

O Brasil foi rechaçado internacionalmente devido às condições degradantes que envolvem as peculiaridades atinentes ao gênero das pessoas privadas de liberdade. A comissão constatou “a falta de atendimento médico feminino e a falta de programas efetivos de reintegração social” (CIDH, 2021, 72-73), bem como que “em muitos estabelecimentos as mulheres não recebem serviços ginecológicos ou mesmo têm acesso aos produtos necessários para a higiene feminina” (CIDH, 2021, 72-73). Destaca-se o pleito de uma mulher encarcerada em carta destinada ao então Ministro Ricardo Lewandowski,

[...] estar neste lugar é ser tratada igual bicho um verdadeiro animal, como estou doente com H1N1 e a cadeia não tem remédios, não tem uma alimentação adequada ou seja não tem nada nem remédios para dor imagina uma cadeia feminina não ter sabonete, absorvente, papel higiênico, etc isso é só o começo para o senhor saber o que passamos aqui, fico por aqui aguardando seu retorno positivo. (PIRES, 2018, p. 206).

Nesse sentido, notou-se o fornecimento de uma alimentação insuficiente e com baixo grau de nutrientes para as presas gestantes (CIDH, 2021). A condição precária pode levar, em muitos casos, à perda do nascituro.

A Comissão observou ainda um tratamento inadequado às encarceradas transexuais, com múltiplas violações de direitos ou com diversos obstáculos para alcançá-los:

Por outro lado, observou-se que as mulheres trans não recebem tratamento hormonal. (...) Além disso, os Estados devem fornecer regularmente às mulheres os itens essenciais para suas próprias necessidades de saúde. Com relação às mulheres trans, os estados têm a obrigação de fornecer assistência médica que reconheça qualquer necessidade específica com base na identidade de gênero e ou expressão de gênero. (CIDH, 2021, p. 73)

O acesso aos serviços públicos de saúde foi outro ponto abordado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, principalmente devido à escassez de recursos materiais e de profissionais da área da saúde (CIDH, 2021, p. 72). Por fim,

ainda na seara da saúde, alertou-se para os riscos alargados de contágio de diversas doenças infecciosas, como a Covid-19, diante da superlotação carcerária – “a CIDH alertou que a superlotação, a falta de higiene e ventilação inadequada constituem uma séria ameaça à saúde dos detentos. Isso se deve principalmente ao aumento do risco de contágio de doenças infecciosas” (CIDH, 2021, p. 72).

Já em uma abordagem referente à pandemia causada pela Covid-19, Zaffaroni denomina uma instituição prisional superlotada como bomba-relógio, devido à velocidade exponencial de contágio do vírus:

Todos hemos reparado que en una institución total superpoblada la infección se difunde a una velocidad que es de 8 a 10 veces superior a la de la sociedad libre. Las instituciones totales superpobladas se convierten en bombas de tiempo virósicas al difundirse con mayor rapidez el virus, lo que contribuye al riesgo que todos tenemos de que se nos colapsen los sistemas de salud. Esto se refleja en un riesgo de vida para la totalidad de la población. (ZAFFARONI, 2020, p. 33-34)

Nota-se, portanto, que a maior parte dos problemas atinentes ao cárcere decorre da superlotação prisional. Diante disso, há que se refletir acerca do princípio do *numerus clausus* em todas as suas modalidades, como passaremos a tratar.

O conceito do *numerus clausus* deriva de uma perspectiva que tangencia o óbvio, em que o estabelecimento prisional é impedido de receber indivíduos para além de sua capacidade (VALOIS, 2021). Entretanto, não há que se esperar lógica na questão penitenciária, quando a Corte Constitucional brasileira reconhece a inconstitucionalidade do sistema carcerário e mesmo assim permanece referendando e legitimando diversos mandados prisionais (VALOIS, 2021).

Roig (2014) nos apresenta 3 categorias do princípio do *numerus clausus*: i. o preventivo, ii. o direto e iii. o progressivo.

O *numerus clausus* preventivo prevê o impedimento de entrada de novos apenados ao sistema prisional, quando estes ambientes já estiverem com a sua lotação máxima atingida, refletindo na conversão do encarceramento para a prisão domiciliar até haver o devido espaço no cárcere (ROIG, 2014). Já o *numerus clausus* direto dispõe acerca da mobilização de institutos como o indulto e a prisão domiciliar aos apenados que estão mais próximos de alcançar os requisitos legais para a liberdade (ROIG, 2014). Por fim, o *numerus clausus* progressivo consiste na

progressão do regime mais gravoso para um menos gravoso, se for operado em concomitância e de maneira sistemática, o principal resultado será a saída de presos em regime aberto ou prisão domiciliar "do círculo detentivo, ingressando no círculo de liberdade" (ROIG, 2014, p. 117).

Destaca-se o HC 143.988, julgado pela Segunda Turma do STF, em que a aplicação do *numerus clausus* foi reconhecida no âmbito da medida socioeducativa de internação, determinou-se "que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade". Desse modo, diante do cenário prisional brasileiro, evidencia-se a viabilidade e a urgente necessidade da aplicação do princípio do *numerus clausus*, clama-se, por fim, por vontade política para implementá-lo (ROIG, 2014).

#### 4 CONCLUSÃO

Mesmo após o reconhecimento das prisões brasileiras como estado de coisas inconstitucional e após reprovações na esfera internacional, o Estado permanece enxergando o encarceramento como um dos grandes vetores da segurança pública, quando, cada vez mais, tem se mostrado como um componente do problema atinente à segurança pública nacional. Tem-se, então, um Estado completamente contraditório, uma vez que mesmo reconhecendo como inconstitucional a presente situação carcerária, mantém o cárcere com todas as suas violações.

O Estado brasileiro não é só contraditório, mas também inconstitucional. Configura-se ilegítima qualquer punição que mobilize o tratamento degradante para consumir a punição, pois se assim for o Estado será tão criminoso quanto os crimes ora punidos. Dessa forma, como consequência lógica, pode-se afirmar que "se o Estado não é capaz de respeitar os limites normativos impostos para o cumprimento da pena, não pode continuar a mobilizar a estratégia do aprisionamento como mecanismo de intervenção social" (PIRES, 2018, p. 186).

Zaffaroni (2020, p. 32) defende que os juízes "que envía[n] a prisión a alguien y sabe, que en esa prisión no se limita la pena, o la prisión preventiva cautelar, a una mera privación de libertad, sino que las condiciones prisionales son de tortura" tornam-

se autores mediatos da tortura e devem ser responsabilizados. Entretanto, o autor lamenta não haver a referida responsabilização por parte dos magistrados:

Lamentablemente debo reconocer que esto no sucede y los jueces no asumen esta responsabilidad, en gran parte por responsabilidad nuestra, es decir, de los doctrinarios, quienes formamos a los jueces y a los pichones de jueces. (ZAFFARONI, 2020, p. 32).

Afirma-se que a declaração da existência do estado de coisas inconstitucional na realidade prisional brasileira não exime o STF e o Poder Judiciário de responsabilidade (PIRES, 2018), visto que são os próprios operadores do Poder Judiciário que enviam cotidianamente sujeitos ao cárcere, tido por eles como inconstitucional.

O que fazer com uma punição ilegal? Existem institutos que visam, em certa medida, reduzir a população carcerária e, conseqüentemente, os males advindos da superlotação, como o princípio do *numerus clausus* e a urgência de sua aplicação. No mesmo sentido, conforme Juarez Tavares, as melhores propostas e eficazes para se enfrentar a questão da superlotação carcerária “passam necessariamente, ao menos na quadra atual, pela adoção de um princípio geral de flexibilidade da pena” (TAVARES, 2015, p. 45), como a flexibilização e a antecipação de institutos como o livramento condicional e a progressão de regime.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Elaine. Vozes silenciadas: processos de aprendizagens com as cartas de mulheres encarceradas. *In*: PIRES, Thula; Freitas, Felipe (orgs.). **Vozes do cárcere**: ecos da resistência política. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018. p. 416-468.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral - Volume 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF, 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Decreto-Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF, 1984.

CARUSO, Natália; GALEANO, Tayanne; OLIVEIRA, Rafael. A ordem da desordem: condições do cárcere, corrupção e crime organizado. *In*: PIRES, Thula; Freitas, Felipe (orgs.). **Vozes do cárcere: ecos da resistência política**. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018. p. 254-292.

CARRASCOSA, Denise. Direito humano. *In*: PIRES, Thula; Freitas, Felipe (orgs.). **Vozes do cárcere: ecos da resistência política**. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018. p. 28-34.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS — CIDH. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2021. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf](http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf). Acesso em: 23 jul. 2021.

FELISBERTO, Fernanda. Palavras encarceradas: as escrevivências em espaço prisional. *In*: PIRES, Thula; Freitas, Felipe (orgs.). **Vozes do cárcere: ecos da resistência política**. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018. p.124-144.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro. **Ciência e saúde coletiva**, v. 21, n. 7, p. 2031-2040, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/tRXJDPpwf6s6sf5xDBmS94f/?lang=pt>. Acesso em: 21 jul 2021.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

Organização das Nações Unidas — ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Organização das Nações Unidas, 1948.

Organização das Nações Unidas — ONU. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)**. Organização das Nações Unidas, 1955.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Cartas do Cárcere: testemunhos políticos dos limites do Estado Democrático de Direito. *In*: PIRES, Thula; FREITAS, Felipe (orgs.). **Vozes do cárcere: ecos da resistência política**. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018. p. 166-212.

QUARESMA, Regina; GUIMARAENS, Francisco de. Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 453-472.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: Teoria Crítica. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Liberdades**, n.15, p. 104-120, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Monitoramento de locais de detenção**: um guia prático. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/formacao-monitoramentode-locais-de-detencao.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — STF. **HC 107701/RS**. Segunda Turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, j. 13-9-2011, DJe 21-9-2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — STF. **ADPF 347**, Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, j. 9-9-2015, DJe. 19-2-2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — STF. **HC 143.988**. Relator: Ministro Edson Fachin, j. 24-8-2020, DJe. 4-9-2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA — STJ. **RMS 56.152/SP**, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, j. 3-4-2018, DJe 13-4-2018.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. **Parecer apresentado no bojo da petição inicial da ADPF 347**. Brasília, DF, 2015.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

XAVIER, Lúcia. “As cartas não mentem jamais”: quando o direito humano à saúde é negado. *In*: PIRES, Thula; FREITAS, Felipe (orgs.). **Vozes do cárcere**: ecos da resistência política. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018. p. 328-354.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. El Genocidio de la Prisionización Masiva. *In*: ZAFFARONI, Eugênio Raúl (coord.). **Morrir de Cárcel**. Buenos Aires: Ediar, 2020. p. 30-35. Disponível em: [https://www.pensamientopenal.com.ar/buscar?search\\_api\\_views\\_fulltext=system%20files%202021%2003%20doctrina49022](https://www.pensamientopenal.com.ar/buscar?search_api_views_fulltext=system%20files%202021%2003%20doctrina49022). Acesso em: 23 set. 2021.

**OPINIÕES CONSULTIVAS DE 2021:  
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, GEOPOLÍTICA DA  
REGIÃO E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

*ADVISORY OPINIONS OF 2021:  
THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
THE GEOPOLITICS OF THE REGION AND THE ROLE OF PUBLIC DEFENDER  
OFFICES*

*OPINIONES CONSULTIVAS 2021:  
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, LA GEOPOLÍTICA  
DE LA REGIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE DEFENSA  
PÚBLICA OFICIAL*

Carolina Hennig Gomes<sup>1</sup>  
Jamila Santos Reis D'Almeida<sup>2</sup>  
José Luiz Ribas<sup>3</sup>  
Maria Carolina Ribeiro<sup>4</sup>

**RESUMO**

Este trabalho pretende contribuir para a divulgação e o estudo das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir de uma perspectiva contextual e crítica. Para tanto, observará especialmente as opiniões consultivas nº 27 e nº 28, proferidas no ano de 2021. A compreensão da jurisprudência da Corte IDH, sobretudo por parte de defensoras e defensores públicos, contribui para a educação em direitos e para a garantia de proteção dos direitos humanos pelo sistema de justiça. A proposta de uma perspectiva contextual e crítica visa apresentar a atuação da Corte IDH dentro da geopolítica da região. Conforme se demonstrará, é possível identificar uma inflexão na jurisprudência da Corte nos últimos anos, tendente a admitir consultas motivadas por casos políticos concretos ou potencialmente litigiosos. As opiniões consultivas proferidas em 2021 expõem esta tendência, embora apontem para sentidos políticos diversos. A OC 27 deu importantes aportes sobre a igualdade de gênero no ambiente laboral e sobre a inconveniência da reforma *in pejus* de

1 Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes, bacharel em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com mobilidade acadêmica na Paris-Sorbonne (Paris IV).

2 Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS, participou do XLVI Curso de Direito Internacional organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano e pelo Departamento de Direito Internacional da Secretaria de Assuntos Jurídicos (SAJ) da OEA, bacharel em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

3 Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, bacharel em direito pela Faculdade de Direito da UERJ, advogado.

4 Mestranda em Direito Internacional pela UERJ, bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Integrante da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ e do NEPEDI-UERJ. Advogada.

normas trabalhistas por meio de acordos coletivos. A partir do voto dissidente do juiz Eugenio Zaffaroni, percebe-se que a opinião consultiva nº 28/2021, relativa à convencionalidade das reeleições indefinidas, esteve fundamentalmente implicada com o golpe sofrido por Evo Morales, em 2019. Conclui-se que a OC 28/2021 mostra que esta abertura da competência consultiva da Corte IDH deve ser percebida criticamente, especialmente pelos agentes responsáveis pela educação em direitos humanos, de modo que a aplicação dos precedentes da Corte leve em consideração suas implicações políticas. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica especializada e estudo de casos da jurisdição consultiva da Corte IDH.

**Palavras-chave:** opiniões consultivas; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Defensoria Pública; OC 28/2021; geopolítica.

### ABSTRACT

This work intends to contribute to the dissemination and study of the advisory opinions of the Inter-American Court of Human Rights from a contextual and critical perspective. For this purpose, it will especially look at the advisory opinions nº 27 and 28, both of 2021. The understanding of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, especially on the part of public defenders, contributes to education in human rights and to guaranteeing the protection of human rights by the justice system. The contextual and critical perspective aims to present the performance of the Inter-American Court of Human Rights within the geopolitics of the region. As will be shown, it is possible to identify an inflection in the Court's jurisprudence in recent years, tending to admit consultations motivated by concrete or potentially litigious political cases. The advisory opinions issued in 2021 show this trend, although they point in different political directions. OC 27 made important contributions on gender equality in the workplace and on the unacceptability of reforming labor standards in pejus through collective agreements. From the dissenting vote of judge Eugenio Zaffaroni, it is clear that the advisory opinion nº 28/2021, regarding the conventionality of indefinite re-elections, was fundamentally involved with the coup suffered by Evo Morales in 2019. In conclusion, OC 28/2021 shows that this opening of the advisory competence of the Inter-American Court should be perceived critically, especially by the actors responsible for human rights education, so that the application of the Court's precedents takes into consideration their political implications. The methodology employed was specialized bibliographic research and the case study of the advisory opinions of the Inter-American Court of Human Rights.

**Keywords:** advisory opinions; Inter-american Court of Human Rights; Public Defense; AO 28/2021; geopolitics.

## RESUMEN

Este trabajo pretende contribuir a la difusión y estudio de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde una perspectiva contextual y crítica. Para ello, observará especialmente las Opiniones Consultivas No. 27 y 28, emitidas en 2021. Para la comprensión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en especial de los defensores públicos, contribuí a la formación en derecho y velar por la protección de los derechos humanos derechos del sistema de justicia capilar. Con el propósito de una perspectiva contextual y crítica, pretende presentar la actuación de la Corte Interamericana dentro de la geopolítica de la región. Como se verá, es posible identificar una inflexión en la jurisprudencia de la Corte en los últimos años, tendiente a admitir preguntas motivadas por casos políticos específicos y potencialmente controvertidos. Las opiniones consultivas emitidos en 2021 exponen esta tendencia, aunque apuntan en direcciones políticas diferentes. La OC 27 hizo importantes aportaciones sobre la igualdad de género en el lugar de trabajo y sobre la inaceptabilidad de reformar las normas laborales en pejus a través de los convenios colectivos. Con base en la opinión disidente del Juez Eugenio Zaffaroni, es claro que la Opinión Consultiva nº 28/2021, es posible percibir que la opinión consultiva nº 28/2021, sobre la convencionalidad de las reelecciones indefinidas, estuvo fundamentalmente involucrada con el golpe de Estado sufrido por Evo Morales, en 2019. Se concluye que la OC 28/2021 muestra que esta apertura de la competencia consultiva de la Corte Interamericana debe ser percibida críticamente, especialmente por los actores responsables de la educación en derechos humanos, para que la aplicación de los precedentes de la Corte tome en consideración sus implicaciones políticas. El método utilizado fue la investigación bibliográfica y el análisis de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Palabras clave:** opiniones consultivas; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Defensoría Pública; OC 28/2021; geopolítica.

Data de submissão: 17/02/2022

Data de aceite: 04/04/2022

## 1 INTRODUÇÃO

No ano de 2021, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) proferiu duas opiniões consultivas (OC): a opinião consultiva número 27<sup>5</sup>, que trata do alcance do direito à liberdade sindical e suas implicações para a igualdade de gênero;

5 Corte IDH. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27. Disponible em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_27\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_ing.pdf) Acesso em: 14 abr. 2022,

e a opinião consultiva número 28<sup>6</sup>, que versa sobre o direito a reeleições sucessivas por mais de dois mandatos.

É verdade que uma perspectiva crítica deve ter em cautela a efetividade dos documentos internacionais de direitos humanos e a atuação dos organismos que os protegem. Não à toa, contra o imperialismo dos direitos humanos, a teoria crítica advoga hoje por uma postura contra-hegemônica de construção destes direitos nas lutas sociais.

Neste sentido, a importância de observar atentamente a atuação consultiva da Corte Interamericana é dupla: de um lado, porque já se tem por evidente a relevância de disputar este campo jurídico-político na constelação das lutas locais e regionais; de outro lado, porque a própria estrutura da atuação consultiva da Corte IDH permite que ela seja um observatório sintomático das dinâmicas da geopolítica da nossa região.

Conforme o art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a Corte IDH pode expedir opiniões consultivas (pareceres consultivos) sobre direitos humanos protegidos no sistema Interamericano ou sobre a compatibilidade de normas internas dos Estados com estes mesmos direitos. Tais consultas podem ser formuladas por iniciativa de qualquer Estado-parte e por qualquer órgão da OEA. Em comparação com outros órgãos judiciais e quase-judiciais de outros sistemas internacionais de direitos humanos, a possibilidade de requerimento de consultas por Estados é o que parece dinamizar o fator político deste tipo de atuação na Corte IDH. Ainda que a Corte IDH tenha reiterado seu entendimento no sentido de rejeitar pedidos de consultas que abordem questões que estejam ou possam vir a estar sob a sua competência contenciosa, nos últimos anos é possível perceber uma crescente utilização da competência consultiva da Corte IDH em temas politicamente efervescentes nas Américas.

6 Corte IDH. La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_28\\_eng.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_eng.pdf) Acesso em: 14 abr. 2022.

A título de exemplo: a opinião consultiva nº 23 de 2017, que foi requerida pela Colômbia tendo por pano de fundo intervenções potencialmente danosas ao ambiente da bacia do Caribe; a opinião consultiva nº 24 de 2017, que foi requerida pela Costa Rica visando esclarecer obrigações estatais concernentes à mudança de nome, identidade de gênero e casamento de pessoas do mesmo sexo; a opinião consultiva nº 25 de 2018, que foi requerida pelo Equador a respeito do direito humano ao asilo e, em especial, ao asilo diplomático, tendo por pano de fundo a situação de Julian Assange; e a opinião consultiva nº 26 de 2020, que foi requerida pela Colômbia a respeito das implicações jurídicas da saída de um Estado dos pactos do sistema interamericanos, e que teve por pano de fundo a saída da Venezuela da Convenção Americana de Direitos Humanos. No ano de 2021, as opiniões consultivas nº 27 e nº 28 seguiram esta tendência.

Tal tendência na jurisprudência consultiva da Corte deve ser analisada detidamente pela Defensoria Pública, tendo em vista a relevância de sua atuação para a internalização dos parâmetros internacionais de Direitos Humanos consolidados em tais OCs.

Considerando-se o papel da instituição em seus pleitos diários ao judiciário, deve-se analisar não apenas sua função em suscitar o controle de convencionalidade interno e difuso nas decisões judiciais, divulgando os standards internacionais da Corte IDH em suas petições, mas também sua intervenção como agente político relevante no cenário do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Assim, deve se posicionar dentro das disputas e divergências internas ao próprio sistema, para que possa sustentar posições da Corte IDH que realmente reflitam standards internacionais de defesa de direitos humanos.

## **2 A COMPETÊNCIA CONSULTIVA DA CORTE IDH E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Aqueles que são adeptos de uma nova forma de pensar a pesquisa, mobilizando afetos para construção de um outro mundo possível, aprendem desde logo a honrar e seguir os passos de quem veio antes de nós.

Assim, menciona-se aqui a grande Renata Tavares da Costa, quando afirma que a função institucional de educação em direitos, presente no art. 4, III da Lei

Complementar 80/94, traz um novo papel para as defensoras e defensores públicos: o de educar o judiciário em Direitos Humanos (COSTA, 2018). Considerando-se os dados reunidos por José Ricardo Cunha (2011) e citados pela mestra em seu texto, temos que 84% dos juízes não estudaram Direitos Humanos na faculdade, e que apenas 13% deles têm acesso às decisões da Corte Interamericana.

Deste modo, tendo em vista que a Defensoria Pública é a maior responsável pela defesa e ajuizamento de ações judiciais, e lembrando o que diz José Augusto Garcia de Souza (2016) quando afirma que “nenhum ‘escritório’ tem tantas partes sob sua responsabilidade e orientação”, cabe à Defensoria utilizar e divulgar os padrões internacionais de direitos humanos trazidos pela Corte IDH em seus pleitos e petições, utilizando-se de tais standards também em suas articulações extrajudiciais, em que busca a implementação de políticas públicas para exercício efetivo de direitos.

A Defensoria é, portanto, um agente essencial na condução de um controle de convencionalidade interno, buscando que as decisões judiciais proferidas estejam conforme a jurisprudência da Corte IDH, que configura a interpretação autêntica dos tratados internacionais de Direitos Humanos que vinculam o Brasil, sendo o principal deles a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Dentre as obrigações do Brasil junto ao SIDH estão as obrigações gerais de garantia, previstas no art. 1.2 CADH, que importam no dever de adotar disposições do direito interno e alterar a estrutura estatal de modo a garantir o pleno gozo dos direitos vinculados nos tratados internacionais de Direitos Humanos aos quais o país, voluntariamente, se filiou. Dentre as estruturas que devem ser alteradas se encontra o próprio poder judiciário, sob pena de haver responsabilidade internacional do Brasil por ato judicial, como já ocorreu no caso Gomes Lund vs. Brasil<sup>7</sup>, em que a Corte IDH considerou inconveniente a Lei de Anistia brasileira, bem como a decisão do STF na ADPF 153, que, à revelia da jurisprudência reiterada do SIDH em casos semelhantes, julgou constitucional a Lei de Anistia.

Suscitar uma jurisprudência interna conforme os standards de Direitos Humanos na SIDH significa, muitas vezes, uma luta por liberdade dos usuários do serviço da Defensoria, considerando-se a jurisprudência da Corte IDH, por exemplo, acerca da

7 Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia” Vs. Brasil. Serie C n. 219. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 14 abr. 2022.

necessidade de atuação da defesa jurídica pública desde o momento em que a pessoa é apontada como suspeita do cometimento de uma infração, sob pena de violar-se o art. 8.2 da CADH (Caso Cabrera García Y Montiel Flores vs. México<sup>8</sup>). Tal jurisprudência impacta na própria (re)organização da Defensoria Pública para atuação nas delegacias e no inquérito policial, organização esta que vem sendo pioneiramente implementada pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul.

Tal atuação da instituição decorre do próprio desenvolvimento da política pública de acesso à justiça junto ao SIDH, que se inicia com a criação da Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF) no Rio de Janeiro, em 2003, se aprofunda na Cumbre Judicial Iberoamericana, reunião de cúpula dos sistemas judiciários de diversos países iberoamericanos, que publica em 2008 as “100 regras de Brasília para acesso à justiça de pessoas em situação de vulnerabilidade”, e resulta nas diversas resoluções da OEA que reforçam a opção pelo modelo público de política de acesso à justiça (a exemplo das res. 2656, 2714 e 2821, emitidas pela Assembleia Geral da OEA), bem como na jurisprudência da Corte IDH sobre Defensoria Pública no caso Ruano Torres vs. El Salvador<sup>9</sup>. A atuação estratégica das defensorias públicas do continente, notadamente via AIDEF é, portanto, uma constante ferramenta no fortalecimento de nosso atuar na região, inclusive no cenário de requerimentos e elaborações de Opiniões Consultivas favoráveis a uma atuação institucional potente na garantia de Direitos Humanos.

É preciso, contudo, ir além da utilização das sentenças da Corte IDH, devendo a Defensoria se utilizar também de suas Opiniões Consultivas, que constituem igualmente a interpretação autêntica dos tratados de direitos humanos, conforme precisado no art. 29 da CADH. O primeiro passo para tal utilização é o amplo conhecimento de tais Opiniões Consultivas. Contudo, deve a Defensoria Pública não apenas conhecer, mas também se posicionar criticamente frente às recentes OCs emitidas pela Corte IDH. A seguir, discorrer-se-á sobre as OCs 27 e 28, trazendo-se contribuições acerca de sua relevância no cenário geopolítico do SIDH. Neste sentido,

8 Corte IDH. Caso Cabrera Gacia e Montiel Flores vs. México. Serie C n. 220. Sentença de 26 nov. 2010. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_ing.pdf) Acesso em: 14 abr. 2022

9 Corte IDH. Caso Ruano Torres e Outros vs. El Salvador. Serie C n. 303. Sentença de out. 2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_303\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_ing.pdf). Acesso em: 14 abr. 2022.

pretende-se conjugar a importância informativa do estudo das mais recentes manifestações da Corte com a reflexão crítica acerca das inflexões que a jurisprudência consultiva parece realizar nos últimos anos.

### 3 A OPINIÃO CONSULTIVA Nº 27/2021

Na opinião consultiva nº 27, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos formulou algumas questões para a Corte IDH relativas à liberdade sindical. Este tema já havia sido tratado pela Corte em casos anteriores, especialmente na opinião consultiva nº 22 de 2016, quando opinou pela possibilidade de os sindicatos postularem perante o sistema interamericano, e no caso Lagos del Campo Vs. Peru<sup>10</sup>, quando assentou a liberdade sindical dentre um dos direitos humanos amparados e a própria sindicabilidade de todo e qualquer direito econômico, social e cultural previsto no Protocolo de San Salvador com base no direito ao desenvolvimento progressivo contido no art. 26 da CADH.

Em seu requerimento perante a Corte IDH, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apontou uma série de estudos realizados nas Américas nas últimas décadas que apontam, com variações quantitativas em cada país, que os salários e a qualidade dos empregos de trabalhadores sindicalizados são melhores, em média, do que aqueles dos trabalhadores não sindicalizados. Por outro lado, indicou uma série de atos “antissindicais” ocorridos nos últimos anos que põem em fragilidade os exercícios dos direitos humanos laborais e, em especial, a liberdade sindical.

Com relação ao Brasil, a Comissão apontou a reforma trabalhista de 2017 (lei 13467 de 2017, e posteriores regulamentações) como exemplo de “mudanças legislativas que criam obstáculos para que os sindicatos protejam e promovam os interesses dos trabalhadores nos países do continente” (CIDH, 2019, p. 11). Neste aspecto, a Comissão demonstrou preocupação com o fim da contribuição sindical obrigatória e com a possibilidade de prevalência de acordos coletivos sobre a legislação trabalhista, mesmo quando a lei for mais favorável ao trabalhador, ambas inovações trazidas pela reforma trabalhista brasileira. Com relação a outros países, a

10 Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Serie C n. 366. Sentença de 21 nov. 2018. Disponível em: Acesso em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_366\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_366_esp.pdf) 14 abr. 2022

Comissão também mencionou casos de perseguição violenta, assassinatos e violações à liberdade de expressão de líderes sindicais.

Adicionalmente, a Comissão especificou a questão da desigualdade de gênero estrutural das políticas laborais. Citando casos em que houve o reconhecimento, por parte da Corte IDH, da ocorrência de discriminação indireta em razão do sexo e do gênero, a Comissão pediu que a Corte IDH se pronunciasse sobre “as obrigações diferenciadas que o princípio de igualdade e não discriminação impõe aos Estados, a fim de enfrentar essa situação de desigualdade real, com vistas a erradicar suas causas e consequências” (CIDH, 2019, p. 15).

Neste aspecto, a Comissão mobilizou os conceitos de “trabalho não remunerado” e de “economia do cuidado” para caracterizar a estrutura discriminatória e normalizadora de papéis estereotipados em razão do sexo e do gênero, resultando em altas diferenças salariais e graus de exploração do trabalho em desfavor das mulheres. Em relação ao exercício dos direitos humanos sindicais, a Comissão apontou que mesmo a crescente participação das mulheres no mercado de trabalho não resultou em sua maior presença nos sindicatos, especialmente em postos de liderança.

Assim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos formulou a consulta perguntando (CIDH, 2019, p. 17-19): i) quais as obrigações dos Estados para a garantia dos direitos de formação e eleição interna dos sindicatos, e de negociação coletiva e greve, diante do que dispõe o Protocolo de San Salvador?; ii) é possível que as negociações coletivas afastem normas protetivas mais favoráveis previstas em lei?; iii) quais as implicações do direito à não discriminação, e à proteção contra qualquer violência sexual e de gênero, para o exercício destes direitos laborais e sindicais?; iv) Quais são as obrigações dos Estados para garantirem a participação das mulheres em sindicatos e em seus postos de liderança?

Em maio de 2021, respondendo a Comissão, a Corte IDH expediu a opinião consultiva nº 27 com as seguintes conclusões: i) no marco do sistema interamericano de direitos humanos, os Estados têm a obrigação de garantir meios informados e seguros para a livre negociação entre sindicatos e empregadores, deixando de interferir diretamente no conteúdo de tais negociações; ii) a possibilidade de acordos coletivos de trabalho prevalecerem sobre leis trabalhistas mais favoráveis aos

trabalhadores viola a CADH, em seus artigos 1.1 e 2, relativos aos deveres de respeito de garantia de direitos, e em seu artigo 26, relativo ao dever de desenvolvimento progressivo; iii) que o direito à não discriminação por motivos de sexo e gênero obriga os Estados a adotar medidas que proporcionem todos os direitos laborais e sindicais às mulheres em iguais condições aos homens, que promovam a repartição igualitária do trabalho doméstico, e que combatam as causas estruturais destas desigualdades (CIDH, 2021-a).

#### **4 A OPINIÃO CONSULTIVA Nº 28/2021**

Por sua vez, a opinião consultiva nº 28 decorreu de pedido de consulta feito pelo Estado da Colômbia ainda em 2019. A indagação do Estado colombiano foi muito simples e direta: a reeleição presidencial ilimitada é contrária ou conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos? Caso seja conforme, tal possibilidade resulta de algum direito humano do próprio candidato ou dos eleitores? Para os Estados que modifiquem suas normas eleitorais para passarem a admitir tal possibilidade, esta modificação seria contrária às obrigações internacionais do Estado?

A Colômbia buscou de todas as formas afastar a impressão de que seu pedido de consulta tivesse relação direta com os fatos ocorridos na Bolívia. Notadamente, o presidente Evo Morales foi autorizado pelo Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, em 2017, a candidatar-se para um terceiro mandato consecutivo, ainda que a Constituição admitisse apenas uma reeleição sucessiva. O Tribunal boliviano entendeu que haveria um direito humano à reeleição que prevaleceria inclusive sobre a vedação constitucional. As eleições ocorreram em outubro de 2019, justamente quando foi apresentado o requerimento de consulta à Corte IDH.

Ao olharmos para a região da América Latina, mais precisamente para os Estados que aceitam a jurisdição da corte interamericana de direitos humanos, é possível notar o diálogo que as constituições nacionais estabeleceram com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ou seja, como ocorre a interpretação do art. 23 da CADH (direitos políticos) para cada um desses Estados.

Uma primeira observação dessa análise é que muitas constituições vedavam historicamente a reeleição presidencial para impor limites às lutas pelo poder

executivo resultante do caudilhismo (LEGALE *et al.*, 2021, p. 836). Contudo, após o período de redemocratização na década final do século XX e início do século XXI, observa-se mudanças constitucionais para permitir reeleições, o que também leva ao debate em voga pelo OC-28/21.

Para os cientistas políticos Corrales e Penfold (2014, p. 157) é possível classificar os Estados em quatro categorias em relação a proibição, ou não da reeleição: Os Estados que permitem a reeleição indefinidamente (Barbados, Nicarágua, Suriname, Trinidad e Tobago e Venezuela); os que vedam mais de uma reeleição subsequente ou permitem apenas uma única reeleição subsequente (Argentina, Bolívia, Brasil, Equador e República Dominicana); os que vedam apenas a reeleição imediata ou subsequente, mas permitem reeleição em períodos não consecutivos após 4 anos (Chile), 5 anos (Haiti, Peru e Uruguai) ou 10 anos (Panamá) do término do primeiro mandato; e, por fim, os que vedam a reeleição (Colômbia, Guatemala, Honduras, México e Paraguai) (LEGALE *et al.*, 2021, p. 942).

Como observado, é importante ressaltar que não havia consenso sobre se a reeleição indefinida violaria os direitos políticos a priori, nem consenso sobre o tempo máximo de permanência de um presidente no poder, considerando os termos de seu(s) mandato(s), havendo o reconhecimento, na matéria, das idiossincrasias de cada Estado e sua história política-social (LEGALE *et al.*, 2021, p. 942).

Onze países da região consideram que a reeleição indefinida, nos moldes definidos pela Corte IDH, violaria direitos políticos. Em contrapartida, há ainda quatro países que autorizavam a reeleição indefinida na época da consulta à Corte. Nesse sentido vale ressaltar a Nicarágua, Estado que teve eleição presidencial no ano de 2021 e consagrou novamente Ortega no poder, presidente desde 2007. Sobre este caso, é importante pontuar que diversas mudanças constitucionais ocorreram no ano da eleição, bem como medidas provisionais requeridas à CIDH em relação à perseguição de opositores desde 2018 e reiteradas em 2021 (CORTE IDH, 2021-b).

A Corte IDH considerou, na OC-28/21, que a democracia representativa é a base do SIDH, tendo sido a escolha dos Estados que o compõem. Assim, não existe um direito humano à reeleição indefinida, nem a possibilidade de vedação à reeleição seria uma violação do art. 23 da CADH, contanto que garanta que as eleições sejam periódicas, autênticas e plurais, requisitos já consolidados em casos concretos na

Corte IDH (CORTE IDH, 2018). Esses requisitos fortalecem a posição da Corte IDH de que as mudanças constitucionais e na legislação eleitoral devem nortear-se por um corolário democrático, em conformidade com o direito internacional, garantindo o sufrágio universal e secreto, portanto, deve-se buscar a alternância no poder, o pluralismo político, fortalecendo a separação de poderes e o estado de direito.

Contudo, a Corte IDH deu um passo além e determinou que a reeleição presidencial indefinida é contrária à democracia representativa, somente pela sua existência. Logo, as constituições que permitem reeleição indefinida estariam em estado de violação da CADH.

## **5 IMPLICAÇÕES POLÍTICAS E JURÍDICAS DA COMPETÊNCIA CONSULTIVA RECENTE DA CORTE IDH**

As duas opiniões consultivas proferidas pela Corte IDH de 2021 podem ser facilmente relacionadas a contextos concretos da política regional. A OC 27/2021 remonta, ainda que indiretamente, aos contextos de desmonte dos direitos trabalhistas, inclusive por meio da maximização da força normativa dos acordos coletivos, e trata diretamente das violações à igualdade de gênero nos ambientes laborais e sindicais. Por sua vez, a OC 28/2021 se debruça sobre um tema que é muito mais do que concreto: a possibilidade de eleições sucessivas indeterminadas foi um dos elementos centrais para as graves violações de direitos humanos ocorridos após a deposição de Evo Morales em 2019.

Conforme sugeriu-se anteriormente, isto parece se alinhar a uma tendência recente de abertura da competência consultiva da Corte IDH para questões jurídicas que, ainda que indiretamente, retratam situações políticas concretas. Isto pode ser observado, pelo menos, desde a Opinião Consultiva nº 23 de 2017, quando a Corte IDH tratou da proteção aos direitos ambientais no SIDH.

É fundamental lembrar que, contraditoriamente, a Corte IDH construiu ao longo das décadas uma jurisprudência firme no sentido de que não poderia exercer sua competência consultiva sobre litígios políticos internos não resolvidos pelo respectivo Estado, nem sobre questões que encobrem situações concretas contenciosas ou que podem vir a gerar casos contenciosos concretos que possam chegar à jurisdição contenciosa da Corte. Apenas a título de exemplo, esta posição foi o fundamento para

a não admissão do pedido de opinião consultiva feito pelo Secretário-Geral da OEA a respeito da convencionalidade do processo de *impeachment* da ex-presidenta Dilma Rousseff:

La Corte comprende la profunda preocupación del Secretario General, pero no puede menos que recordar su jurisprudencia en materia consultiva en lo atinente a la consulta de autos, a saber, que la petición de opinión consultiva: a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso ; b) no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno ; c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno ; d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia y e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales. (CORTE IDH, 2016).

Este entendimento foi reiterado pela Corte IDH no julgamento da OC 25 de 2018, justamente quando enfrentava o tema do instituto do asilo como direito humano no SIDH e enumerou os requisitos negativos consolidados na jurisprudência. Nesse caso, a Corte buscou fazer a distinção da consulta em questão em relação a tais requisitos, justamente para rechaçar a tese de que a referida opinião consultiva teria por pressuposto o caso concreto de Julian Assange (CORTE IDH, 2018).

A percepção de que exista uma incompatibilidade entre a jurisprudência da Corte IDH e a admissão destas consultas mais recentes não passou despercebida pelos juízes da própria Corte. Dentre os dissidentes, Zaffaroni é aquele que tem reiterado seu posicionamento de forma mais incisiva e sistemática. É certo que outros juízes já deram votos dissidentes recentemente a respeito da admissibilidade de opiniões consultivas, mas o fizeram mais em razão de adotarem uma postura restritiva sobre o exercício desta competência pela Corte IDH, do que por uma objetiva consideração a respeito dos casos concretos e seus desdobramentos políticos de fundo.

Aliás, é importante considerar que a Corte IDH vem construindo posições jurisprudenciais tendentes ao alargamento de sua competência, sempre pautada no princípio da *kompetenz-kompetenz*. A título de hipótese, não seria absurdo considerar que o quadro identificado aqui – a saber, a tendência recente de emissão de opiniões consultivas cujas questões expressam litígios políticos concretos na região – estaria

associado a uma pretensão de expansão da jurisdição da Corte por parte de sua atual composição.

Conforme Lima e Felipe (2021) já observaram, isso corroboraria outras tendências importantíssimas na atual jurisprudência da Corte IDH, tais como a utilização de outros documentos internacionais, que não a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e seus protocolos, como fonte interpretativa e a própria judicialização direta do Protocolo de San Salvador por meio do direito ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais por meio do art. 26 da CADH desde o caso *Lagos del Campo Vs. Peru*<sup>11</sup>.

É interessante perceber que estas tendências ampliativas confluem temporalmente, já que o caso *Lagos del Campo Vs. Peru* foi julgado em 2017, mesmo ano em que foi proferida a Opinião Consultiva nº 23. Seria razoável estabelecer uma correlação direta entre as duas questões: a ocorrência recente de opiniões consultivas procedentes em matérias politicamente relevantes seria apenas uma decorrência desta tendência ampliativa da jurisdição da Corte IDH.

Contudo, a divisão na atual composição da Corte IDH é um pouco mais complexa. Os tradicionais vencidos, aqueles que reiteradamente se manifestam contrariamente à judicialização dos direitos não expressamente submetidos à jurisdição da Corte IDH pela CADH e seus protocolos, são os juízes Vio Grossi e Sierra Porto. Desde o Caso *Lagos del Campo Vs. Peru*, ambos vêm se manifestando contrariamente à jurisprudência expansiva da Corte IDH. Com relação às opiniões consultivas, também foram votos vencidos na OC 23, na OC 24 e na OC 27. Todavia, nenhum dos dois abriu dissidência nas decisões sobre as opiniões consultivas de números 25, 26 e 28.

Quando se observa atentamente a diferença entre tais casos, percebe-se que os juízes Vio Grossi e Sierra Porto têm admitido a competência consultiva da Corte

11 Não custa lembrar que, tradicionalmente, a competência contenciosa da Corte IDH era tida por limitada aos direitos previstos na CADH e, com relação ao Protocolo de San Salvador (sobre direitos econômicos, sociais e culturais), apenas os direitos sindicais e o direito à educação seriam passíveis de judicialização perante a Corte IDH, conforme disposição expressa do artigo 19.6 do referido Protocolo. A partir do Caso *Lagos del Campo Vs. Peru*, a Corte começou a reconhecer a justiciabilidade autônoma de todos os direitos do Protocolo de San Salvador com base no direito ao desenvolvimento progressivo previsto no art. 26 da CADH.

IDH nos casos em que se discutem direitos expressamente judicializáveis na CADH e em seus protocolos, ainda que tais casos reflitam casos litigiosos concretos de fundo. É o que ocorreu na OC 25/2018, sobre o asilo, na OC-26/20, sobre os efeitos da denúncia aos tratados regionais de direitos humanos, e na OC-28/21, sobre o direito político às reeleições. Nestes casos, a corrente minoritária não manifestou sua posição restritiva quanto à admissibilidade na competência consultiva da Corte IDH, ficando satisfeita com o fato de que os direitos discutidos são direitos civis e políticos previstos na CADH e, portanto, tranquilamente judicializáveis. Por outro lado, os juízes Pazmino Freire e Zaffaroni, especialmente o último, têm se manifestado de forma contrária à admissão das opiniões consultivas politicamente implicadas. Particularmente, isto ocorreu nas decisões sobre as opiniões consultivas 26/2020 e 28/2021, esta última sendo objeto direto do presente trabalho.

Zaffaroni (2021), em seu voto dissidente na OC-28/21, apontou que existe um limite na interpretação da CADH para o uso da integração analógica, não devendo-se confundir o instituto da reeleição indefinida com o da presidência ou mandato indefinido, vez que esses últimos excluem a possibilidade de eleições periódicas e a própria reeleição. Portanto, as reeleições indefinidas não necessariamente excluem a democracia – vez que requerem o voto popular periódico e que nem sempre é vitorioso o candidato que já estava no poder – conquanto que se garanta que sejam livres de fraudes e expressam a vontade real de um povo. Esses requisitos deveriam ser observados e cuidados pela Corte IDH.

Ademais, argumentou que impedir um terceiro mandato, pressupondo-se um risco para a democracia e conseqüentemente a instalação de uma autocracia, é suprimir o direito dos povos a votar em quem os governe, com base em um risco que não se tornou sequer um perigo, ou seja, em uma ideia sem concretude prática na presunção de que um povo, quando votasse pela terceira vez, estaria votando mal. Sendo assim, a Corte IDH assumiria uma função de tutela dos povos por medo de que estes errem (ZAFFARONI, 2021, p. 23). Haveria uma desconsideração pelo fato de que a política é feita pela luta de poder, sendo impossível prever todas as suas voltas, haja vista casos de Estados que mesmo com a reeleição indefinida permitida tiveram alternância no poder, e outros que proibiram não o tiveram desviando para golpes (ZAFFARONI, 2021, p. 20).

Zaffaroni ainda aponta que a Corte IDH tem uma função de prevenção das violações de direitos humanos, mas que essa é instrumentalizada através das medidas provisionais e pela atuação efetiva e célere em dar uma resposta aos casos concretos, bem como sancionar adequadamente e em tempo razoável os estados violadores. Proibir a reeleição não necessariamente leva a impedir que se violem os direitos consagrados na CADH.

Siendo eficaz la jurisdicción internacional en materia de Derechos Humanos, cabe preguntarse qué razones habría para prohibirle a un Pueblo que vote por un presidente que quiera someterse al escrutinio popular por tercera vez, en el marco de un Estado que no persiga opositores, no tenga presos políticos, no viole sistemáticamente Derechos Humanos, respete la libertad de opinión, no proscriba partidos ni candidatos, las elecciones sean claras y transparentes (ZAFFARONI, 2021, p. 26).

A manifestação de Zaffaroni foi especialmente dura ao mencionar justamente o caso concreto subjacente à OC 28/2021: o golpe sobre Evo Morales, na Bolívia:

Apartada la tentación racionalizadora, la primera cuestión que observo en cuanto a la presente Opinión Consultiva es la de su procedencia. En esta materia, en el curso de la audiencia pública, surgió con claridad que su solicitud se motivó en el conflicto institucional que afectó al Estado Plurinacional de Bolivia y que hizo transitar a ese país por un régimen de no derecho, dando lugar a uno de los momentos más difíciles de los últimos años para la vigencia y eficacia de las democracias del continente, en particular por su extrema similitud con los golpes de Estado de otras épocas. Por fortuna se resolvió mediante la recuperación democrática de la vía institucional. (ZAFFARONI, 2021, p. 5)

Um “regime de não direito”. É assim que Zaffaroni descreve, acertadamente, o tipo de governo que ascendeu com o golpe dado sobre Morales. Como o próprio Zaffaroni mencionou, tão graves foram as violações de direitos humanos praticadas durante este regime de não direito que é bastante possível que o tema venha ao conhecimento da competência contenciosa da Corte IDH no futuro:

En su momento y con plena razón, la Corte consideró improcedente la Opinión Consultiva solicitada por el Secretario General de la OEA y motivada en el juicio político a la Presidenta de Brasil, por estar referida a un caso perfectamente individualizado y posiblemente contencioso. Los hechos derivados del superado régimen de no derecho boliviano, sin duda que son potenciales casos contenciosos. (ZAFFARONI, 2021, p. 6).

A própria questão, formulada pelo Estado da Colômbia, sobre se a reeleição indefinida constituiria um direito humano, não é mais do que uma reprodução direta da questão jurídica decidida pelo Tribunal Constitucional da Bolívia quando, em 2017, reconheceu a constitucionalidade das reeleições indefinidas à luz dos direitos humanos. Que a Corte IDH decidisse, na OC 28/2021, que não há direito humano à reeleições indefinidas era até algo esperado pela comunidade jurídica. Todavia, uma coisa é que não exista um direito humano à reeleger-se; outra coisa, muito distinta, é que um modelo eleitoral deste tipo seja considerado violador da CADH.

## 6 CONCLUSÕES

A partir das reflexões trazidas neste trabalho, é inevitável reconhecer a importância de uma observação crítica a respeito da jurisprudência da Corte IDH, inclusive em sua atuação consultiva. Este tipo de perspectiva não se limita a avaliar as conclusões alcançadas pela Corte em tal e qual caso, mas alcança também uma avaliação de médio e longo prazo sobre as tendências e inflexões da jurisprudência ao longo dos anos.

Assim, é possível identificar, por exemplo, que a recente tendência de admissão de casos consultivos politicamente implicados com situações concretas contemporâneas na região acompanha, ao menos temporalmente, a tendência de ampliação da competência da Corte IDH em sua atuação contenciosa, em especial, pela judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Todavia, para além de uma correlação decorrente apenas do posicionamento jurídico da maioria da atual composição da Corte, as opiniões consultivas nº 27 e 28, emitidas em 2021, apontam para dois caminhos possíveis neste cenário de implicação entre política e jurisdição internacional.

De um lado, a OC-27/21 traçou importantes balizas para o contexto das reformas trabalhistas típicas da neoliberalização das economias latino-americanas. A definição de que é inconveniente a possibilidade de negociações coletivas produzirem reformas *in peius* sobre a legislação trabalhista é um importantíssimo elemento para a luta pela garantia de direitos no campo laboral. Ao mesmo tempo, a exigência de respeito à igualdade de gênero nos ambientes sindicais, e em seus cargos de direção

aponta caminhos para o avanço das lutas por representatividade e combate de opressões.

De outro lado, a OC-28/21 pareceu atravessar o *Rubicão* no que se refere à ingerência das Cortes internacionais sobre a democracia nos Estados. Bastava que a Corte IDH reiterasse sua jurisprudência sobre a necessidade de que as eleições sejam livres e periódicas, fixando balizas para a margem de apreciação dos Estados. Todavia, optou-se por declarar a inconveniência das reeleições indefinidas justamente num contexto histórico em que esta tese fundamentava um odioso regime de não direito na Bolívia.

Diante deste cenário, a Defensoria Pública deve refletir que, enquanto um agente fomentador de uma cultura de direitos humanos no Brasil, não pode internalizar acriticamente standards internacionais proferidos pela Corte IDH, como o presente na OC 28. Como Walter Benjamin sempre nos lembra, “nada está a salvo” e mesmo o histórico papel do SIDH em posicionar-se contra as violações de direitos humanos na região (como as ocorridas nas nossas diversas ditaduras militares) não está isento da disputa política e social.

Em um cenário de alargamento da competência da Corte IDH, seja para defender a justiciabilidade direta de determinados direitos humanos, seja para proferir Opiniões Consultivas que tenham por pano de fundo situações políticas concretas, devem as Defensorias Públicas da Região, sobretudo por meio da AIDEF, incidir nesse cenário de modo que tal alargamento venha para melhor tutelar os direitos dos povos deste continente e não para significar uma interferência indevida em suas democracias e em seu direito à autodeterminação.

## REFERÊNCIAS

CORRALES, Javier; PENFOLD, Michael. Manipulating term limits in Latin America. *Journal of democracy*, v. 25, n. 4, p. 157-168, 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS — CIDH. **Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do sistema interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero**. Washington, DC, 2019. Solicitação de parecer consultivo à corte interamericana de direitos humanos. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc\\_3\\_2019\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_3_2019_por.pdf). Acesso em: 15 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS — CORTE IDH. Caso Lagos Del Campo vs. Peru. Sentencia de 31 de agosto de 2017: (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 2017. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf). Acesso em: 15 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS — CORTE IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH, nº 20. San José, 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo20.pdf> Acesso em: 17 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS — CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la república del Ecuador. São José, 2018. p. 19-20. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_25\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf). Acesso em: 15 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS — CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021 solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos. San José, 2021. p. 77-79. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_27\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf). Acesso em: 15 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS — CORTE IDH. Medidas Provisionales. Asunto Juan Sebastián Chamorro y otros respecto de Nicaragua. 2021. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/chamorro\\_se\\_01.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/chamorro_se_01.pdf). Acesso em: 17 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS — CORTE IDH. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2016. Solicitud de opinión consultiva presentada por el secretario general de la organización de los Estados Americanos. San José, 2016. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/sor\\_23\\_06\\_16\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/sor_23_06_16_esp.pdf). Acesso em: 15 fev. 2022.

CUNHA, José Ricardo (org.). **Direitos humanos, Poder Judicial e sociedade**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2011.

COSTA, Renata Tavares da et. al. Ideias para a implementação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos processos do tribunal do júri: a experiência da comarca de Duque de Caxias/RJ. Cadernos Estratégicos de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, v. 1, p. 198-218, 2018.

SOUZA, José Augusto Garcia de. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos - e Responsabilidades - para uma instituição enfim essencial. *In*: Defensoria Pública: Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 469-527.

LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raisal; SÁ, Maria Carolina Ribeiro de. **Reeleição indefinida e os direitos políticos nos sistemas internacionais de proteção.** [S.L.]: Clínica IDH - NIDH – UFRJ, 2021.

LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE, Lucas Mendes. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. **Anuario mexicano de derecho internacional, Ciudad de México**, v. 21, p. 125-166, 2021.

ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Voto Dissidente do Juiz Raúl Zaffaroni sobre a Opinião Consultiva OC-28/21.** Série A, nº 28. Costa Rica, 2021. p.10. Disponível em:  
[https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fopiniones%2Fvotos%2Fvsa\\_zaffaroni\\_28\\_esp.docx&wdOrigin=BR](https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fopiniones%2Fvotos%2Fvsa_zaffaroni_28_esp.docx&wdOrigin=BROWSELINK)  
OWSELINK. Acesso em: 15 fev. 2022.