

8

ISSN: 1984-0322

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



ESCOLA  
SUPERIOR

Janeiro/Dezembro de 2015  
Brasília/DF

Nº 8

ISSN: 1984-0322

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
ESCOLA SUPERIOR

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Janeiro/Dezembro de 2015

Brasília/DF

**DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

Haman Tabosa de Moraes e Córdova

**SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

Fabiano Caetano Prestes

**CORREGEDOR-GERAL FEDERAL**

Holden Macedo da Silva

**CONSELHO SUPERIOR**

**Defensor Público Federal de Categoria Especial**

Eduardo Valadares de Brito

**Defensor Público Federal de Categoria Especial**

Lúcio Ferreira Guedes

**Defensora Pública Federal de Primeira Categoria**

Daniele de Souza Osório

**Defensora Pública Federal de Primeira Categoria**

Karina Rocha Mitleg Bayerl

**Defensora Pública Federal de Segunda Categoria**

Carolina Botelho Moreira de Deus

**Defensor Público Federal de Segunda Categoria**

Thomas de Oliveira Gonçalves

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
ESCOLA SUPERIOR

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

n. 8 janeiro/dezembro de 2015

Brasília, DF

ISSN 1984-0322

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 8	p. 1-356	jan/dez. 2015
---------------------------	--------------	------	----------	---------------

© 2015 Defensoria Pública da União.

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

**Missão:**

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

**Coordenação, editoração, distribuição e informações:**

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

**Escola Superior da Defensoria Pública da União – ESDPU:**

Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Jr. - Diretor  
Daniela Corrêa Jacques Brauner – Vice-Diretora

**Conselho Editorial**

**Conselheiros Endógenos:**

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

**Conselheiros Exógenos:**

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

**Parecerista desta edição:**

Flávio Roberto Batista

**Equipe de Produção Editorial:**

Divisão da Gestão do Conhecimento – DIGCO/ESDPU

**Capa e Diagramação:**

Assessoria de Comunicação Social - ASCOM

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – N. 8 (jan./dez.2015).  
Brasília: DPU, 2015-  
v. ; 28, cm.

ISSN 1984-0322

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

CDDir 341.46218

## SUMÁRIO

<b>Apresentação</b> <i>Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Junior</i>	7
<b>Editorial</b> <i>Ana Luisa Zago de Moraes</i>	9
<b>Imigração e teoria política normativa</b> <i>Immigration and Normative political theory</i> <i>Daniel Chiaretti</i>	11
<b>O procedimento de solicitação de refúgio no Brasil à luz da proteção internacional dos direitos humanos</b> <i>The refuge status determination request in Brazil under the international human rights protection</i> <i>Fabiana Galera Severo</i>	33
<b>Sequestro internacional de criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência: a importância da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança</b> <i>International child abduction as a result of domestic violence carried out in the country of residence: the importance of the psychological examination to ensure the best interests of the child</i> <i>Valerio de Oliveira Mazzuoli e Elsa de Mattos</i>	57
<b>Comunicação Pública e a Defensoria Pública da União: planejar para o cidadão</b> <i>Public Communication and the Public Defender's Office: planning for the citizens</i> <i>Francisco Pereira Neves de Macedo</i>	77
<b>Serviço Social e Defensoria Pública: a experiência de estágio supervisionado na Defensoria Pública da União na Bahia</b> <i>Social Work and Public Defense: the supervised internship experience at the Federal Public Defender Office in Bahia</i> <i>Naiara Ramos Souza</i>	101
<b>(Re)Pensando a decisão do Recurso Extraordinário nº 626.489 e seus reflexos nas ações revisionais previdenciárias</b> <i>(Re)Thinking the decision of the Extraordinary Appeal no. 626.489 and its effects on social security revisional actions</i> <i>Alexandro Melo Corrêa</i>	121
<b>A irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário: uma abordagem sob a ótica do Direito Administrativo</b> <i>The right to uniqueness of the amounts received in good faith as social security benefits: an approach from the perspective of Administrative Law</i> <i>Eduardo Levin</i>	137

<b>A judicialização do direito à saúde, o sistema único e o risco da dessensibilização do judiciário</b> <i>The judicialization of the right to health, the Brazilian healthcare system and the risk of sensibility loss from judges</i> <i>Maria Elisa Villas Bôas</i>	157
<b>A gestão penal da pobreza no curso da história: das origens da penitenciária às crises contemporâneas</b> <i>The penal management of poverty through the history: from the origins of the prison system to the contemporary crises</i> <i>Francisco Nogueira Machado</i>	185
<b>De contraventores a contrabandistas: uma necessária reformulação dos enquadramentos jurídicos nos casos de exploração de máquina caça-níquel</b> <i>From misdemeanor to smuggling: a necessary reformulation of the legal framework in cases of slot machine exploitation</i> <i>Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro e Vinícius Bichara Darrieux</i>	207
<b>A inconstitucionalidade da sanção disciplinar de cassação de aposentadoria: direito de aposentar, necessidade de punição disciplinar e preenchimento dos requisitos para aposentadoria</b> <i>The unconstitutionality of retirement forfeiture as a disciplinary sanction: the right to retire, the need of disciplinary punishment and meeting requirements to retire</i> <i>Wilbran Schneider Borges Junior</i>	233
<b>Prova penal e sigilo profissional: análise comparativa e casuística de algumas profissões</b> <i>Criminal evidence and professional secrecy: a comparative and casuistical analysis of some professions</i> <i>Edson Roberto Baptista de Oliveira e Fernando Henrique Aguiar Seco de Alvarenga</i>	255
<b>O controle da democracia substancial</b> <i>The control of substancial democracy</i> <i>Feliciano de Carvalho</i>	289
<b>O papel da esfera pública na efetivação da democracia</b> <i>The role of the public sphere in the realization of democracy</i> <i>Thaíssa Assunção de Faria</i>	311
<b>COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA</b>	
<b>STF, RE 135328/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/06/1994, publicado no DJU em 20/04/2001, p. 00137.</b> <i>Danillo Lima da Silva e Viviane Raquel Rodrigues de Oliveira</i>	333
<b>RESENHA</b>	
<b>TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 393 p.</b> <i>Danillo Lima da Silva e Jéssika Maria Holanda Guimarães</i>	341
<b>Orientações para autores</b>	351

## APRESENTAÇÃO

A Escola Superior da Defensoria Pública da União, cuja missão é desenvolver pessoas para aprimorar a capacidade de atuação da Defensoria Pública da União, apresenta a 8ª. Edição da Revista da DPU, com o objetivo constante de fomentar e difundir o conhecimento endógeno e exógeno que debata a temática da Defensoria Pública, da promoção dos Direitos Humanos e do acesso à Justiça.

É imprescindível que a DPU acompanhe os debates acadêmicos e científicos que hodiernamente a comunidade jurídica nacional e internacional apresenta, com o fito de permitir que a pessoa que busque amparo nesta Instituição receba um atendimento de excelência.

Nesse contexto, a ESDPU e o Conselho Editorial da Revista da DPU labutam para que, de maneira impessoal, sejam selecionados artigos que apresentem reflexões teóricas que agreguem ao leitor um enfoque, argumento ou visão inédita sob determinado tema abordado, com o almejo de provocar o interesse na leitura.

Nesta 8ª. edição, são apresentados 14 artigos, cujos debates e questões apresentadas são as mais variadas possíveis, a fim de não limitar ou direcionar a revista a um específico público alvo, senão a toda a comunidade jurídica.

Boa leitura!

**FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR**

*Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União*





## EDITORIAL

É com muita satisfação que a Revista da Defensoria Pública da União - DPU lança a sua 8ª edição, referente ao ano de 2015.

Os temas tratados neste volume traduzem a importância da produção acadêmica na trajetória institucional, o que inclui a formação de doutrina nos ramos do direito previdenciário, sanitário, penal, processual penal e internacional - migrações, refúgio e sequestro internacional de crianças -, todos afetos à promoção dos direitos humanos e do acesso à justiça.

Os trabalhos refletem, ainda, o viés transdisciplinar do periódico e sua relevância para o planejamento institucional, ao tratar da Comunicação Pública no âmbito da Defensoria Pública da União, e do Estágio Supervisionado em Serviço Social.

Assim, a Revista pretende ser um instrumento de formação de doutrina a ser buscada pelos profissionais quando se deparam com problemas complexos do cotidiano, bem como de exploração do campo social ao qual temos contato através da DPU, possibilitando a acumulação de capital sobre práticas institucionais e seu público-alvo.

Felizmente, tem-se verificado um crescente interesse na publicação de trabalhos, de forma que práticas antes restritas ao público interno têm alcançado pesquisadores, enriquecendo e ampliando o debate.

Tal crescimento reflete, ainda, a conscientização sobre a necessidade da constante manutenção da qualificação técnica para a boa prática do acesso à justiça.

Contribuindo para esse movimento, a partir dessa edição, disponibilizamos as Normas Editoriais da Revista da DPU no corpo do próprio periódico, e convidamos a todos a enviar trabalhos.

Parabéns e obrigada aos autores pelos brilhantes textos científicos aqui disponibilizados! Aos leitores, desejamos um bom momento de aprendizagem, e aguardamos comentários e sugestões!

**ANA LUISA ZAGO DE MORAES**

*Editora-Chefe da Revista da DPU*



# IMIGRAÇÃO E TEORIA POLÍTICA NORMATIVA

*Daniel Chiaretti*

*IMMIGRATION AND NORMATIVE  
POLITICAL THEORY*



# IMIGRAÇÃO E TEORIA POLÍTICA NORMATIVA

*IMMIGRATION AND NORMATIVE POLITICAL THEORY*

*Daniel Chiaretti*

*(Mestrando em Ética e Filosofia Política pela FFLCH/USP.  
Defensor Público Federal em São Paulo).*

## RESUMO

O objetivo do presente artigo é explorar o tema das migrações internacionais a partir da perspectiva da teoria política normativa. O artigo reconstrói os argumentos sobre a questão migratória a partir do ponto de vista de quatro autores. Primeiramente, serão apresentadas duas posições favoráveis à livre migração, uma representando o libertarianismo de Robert Nozick e outra o liberalismo-igualitário de Joseph Carens. Em seguida, duas posições favoráveis a um maior controle migratório, representadas pelo comunitarismo de Michael Walzer e o liberalismo-igualitário de Stephen Macedo. Deste modo, esperamos mostrar a pertinência de uma abordagem de problemas concretos do ponto de vista da teoria política normativa.

**Palavras-chave:** Imigração. Teoria da Justiça. Filosofia Política. Justiça Global. Teoria Política Normativa.

## ABSTRACT

The aim of this paper is to explore the question of international migrations from the perspective of the normative political theory. The paper reconstructs the arguments about how to deal with boards from the viewpoint of four authors. First, we'll present two positions in favor of open borders, one representing Robert Nozick's libertarianism and another Joseph Carens' liberal-egalitarian approach. Then, we'll show how positions in favor of

border control, represented by the communitarianism of Michael Walzer and the liberal-egalitarianism of Stephen Macedo. So, with this paper, we hope to stress the relevance of an approach of concrete issues from the point of view of the normative political theory.

**Keywords:** Immigration. Theory of Justice. Political Philosophy. Global Justice. Normative Political Theory.

Data de submissão: 23/02/2015. Data de aceitação: 08/06/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 ARGUMENTOS A FAVOR DAS FRONTEIRAS LIVRES. 2.1 O argumento libertário 2.2 O argumento liberal-igualitário pela justiça social global 3 ARGUMENTOS CONTRA FRONTEIRAS LIVRES. 3.1 O argumento comunitarista 3.2 O argumento liberal-igualitário pela justiça social doméstica. 4 CONCLUSÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

De acordo com relatório publicado pelas Nações Unidas, o número de migrantes internacionais em 2013 chegou a 232 milhões. Além disso, entre 1990 e 2013, o número de imigrantes cresceu em cerca de 50%, aumentando em 77 milhões de pessoas.<sup>1</sup> A situação

---

<sup>1</sup> POPULATION DIVISION OF THE DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS SECRETARIAT. The international migration report, 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/migration/migration-report-2013.shtml>>. Acesso em: 23 mai. 2015.

do Brasil, neste contexto, não é distinta.<sup>2</sup>

Este intenso fluxo migratório, o qual está intimamente ligado a questões econômicas, sociais, políticas, religiosas, étnicas entre outras, provocou, em especial a partir do séc. XX, a formação de um arcabouço institucional e legislativo para a política migratória mundial. De fato, o conceito de migração internacional, compreendida não como mero deslocamento físico, mas sim como uma mudança de jurisdição de um Estado para outro e, portanto ensejando um controle admissional fundado na soberania, é um fenômeno muito recente, tendo alcançado a maturidade após o drástico aumento do fluxo de pessoas ocorrido no período entre as duas Guerras Mundiais.<sup>3</sup>

Este cenário, além de impactar na formulação de políticas específicas, também suscita questões importantes de um ponto de vista que é, em certa medida, anterior aos já citados arranjos normativos ou institucionais. Estamos nos referindo a uma abordagem do fenômeno migratório a partir da teoria política normativa, a qual permite uma abordagem de diversos temas como justiça, direitos humanos e liberdade de uma forma sistemática de modo a permitir a justificação e formulação destes valores políticos na filosofia política contemporânea.<sup>4</sup>

Uma teoria desta natureza possui como características uma abordagem sistemática de valores políticos para guiar a ação prática, a formulação de princípios que deverão nortear a implantação das políticas e o estudo da moralidade política em uma tentativa de retificar determinados erros e organizar a sociedade de acordo com certos princípios político-morais.<sup>5</sup>

De forma precisa, Álvaro de Vita assim trata do assunto:

Ao passo que a ideologia está mergulhada da luta política e está

---

<sup>2</sup> De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), entre 2000 e 2010 o Brasil registrou um aumento de 86,7% no número de migrantes internacionais: Disponível em: < <http://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

<sup>3</sup> KUKATHAS, C. Immigration. In: LAFOLLETTE, H. **The Oxford Handbook of Practical Ethics**, 2003, p. 569-570.

<sup>4</sup> SANGIOVANI, A. Normative Political Theory: A Flight from Reality? In: BELL, D. (ed.), **Political Thought and International Relations: Variations on a Realist Theme**, 2008.

<sup>5</sup> SANGIOVANI, A. Normative Political Theory: A Flight from Reality? In: BELL, D. (ed.), **Political Thought and International Relations: Variations on a Realist Theme**, 2008, p. 220-223. Segundo o autor, a teoria política normativa estaria, ainda, em um contexto de teorias liberais pós-rawlsianas. Como a questão é controversa, e o próprio Sangiovani admite que os marxistas analíticos atuariam no âmbito da teoria política normativa, não abordaremos esta característica.



voltada para o recrutamento de adeptos para uma causa, a atividade da teoria política normativa consiste em oferecer razões – aquilo que denominamos uma ‘justificação’ – para os julgamentos que fazemos sobre nossos comprometermos normativos na política.<sup>6</sup>

Para explicitar ainda mais a importância de uma abordagem desta natureza, vale recapitular que, na história recente, não foram poucas as restrições migratórias editadas por um Estado soberano de acordo com regras procedimentais previstas na legislação nacional e que contaram com amplo apoio populacional, como o Chinese Exclusion Act, o qual proibiu a imigração chinesa aos Estados Unidos no séc. XIX, e as Lei de Nuremberg, que destituíram a cidadania de judeus alemães. Todavia, parece intuitivo que soberania e autodeterminação democrática são argumentos insuficientes para classificar estas medidas como justas.<sup>7</sup>

Em suma, não nos preocuparemos com o que a lei X ou o tratado Y dispõem sobre a imigração, mas sim com quais argumentos morais pode-se fazer determinada abordagem. Assim, o objetivo do presente artigo é modesto: apresentar para o público não familiarizado com a teoria política normativa alguns argumentos para nortear o debate ético sobre a imigração internacional. Ou seja, mostraremos como determinadas teorias respondem a questões acerca da moralidade da admissão (ou não) de pessoas em um dado Estado,<sup>8</sup> deixando em aberto qual é a resposta mais adequada e como os argumentos podem ser manejados na formulação de políticas públicas concretas. Todavia, nada disso deve dar a impressão de que o debate normativo é de menor importância, já que determinadas políticas só ganham o necessário apoio público se forem reconhecidas como legítimas.<sup>9</sup>

Seguindo a sistematização de outros autores, dividiremos as teorias em dois grupos conforme o posicionamento de cada uma em relação à abertura das fronteiras.<sup>10</sup> Deste modo, em uma abordagem favorável a fronteiras livres, apresentaremos o argumento libertário, inspirado em Robert Nozick e o modelo liberal-igualitário de Joseph Carens, inspirado em John Rawls. Trata-se de um contraponto interessante, já que possibilita ver

---

<sup>6</sup> VITA, Á. D. **O liberalismo igualitário**: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 3.

<sup>7</sup> CARENS, J. Aliens and Citizens: the Case for Open Borders. **The Review of Politics**, 1987, p. 8.

<sup>8</sup> KUKATHAS, C. Immigration. In: LAFOLLETTE, H. **The Oxford Handbook of Practical Ethics**, 2003, p. 571.

<sup>9</sup> PETTIT, P. **Republicanism**: a theory of freedom and government, 1997, p. 1.

<sup>10</sup> GOODIN, R. E. If people were money. In: BARRY, B.; ROBERT, G. **Free Movement**, 1992. KUKATHAS, op. cit., 2003.

como duas teorias muito distantes no espectro político, articulam argumentos distintos com um objetivo semelhante. Já no contexto de um maior controle de fronteiras, abordaremos o comunitarismo de Michael Walzer e o argumento fundado na justiça social doméstica de Stephen Macedo, também de inspiração rawlsiana.

## 2. ARGUMENTOS A FAVOR DAS FRONTEIRAS LIVRES

### 2.1. O argumento libertário

O libertarismo caracteriza-se pela defesa das liberdades de mercado e limitações ao uso do Estado para políticas sociais.<sup>11</sup> Assim, sob esta concepção, o Estado deve dedicar-se exclusivamente à proteção das pessoas contra fraudes e uso arbitrário da força, e a garantir o cumprimento de contratos celebrados entre estes indivíduos.<sup>12</sup>

O teórico que melhor estruturou o libertarismo foi Robert Nozick na obra **Anarquia, Estado e Utopia**. De acordo com Nozick, “o Estado mínimo é o Estado mais amplo que se pode justificar. Qualquer outro, mais amplo, é uma violação dos direitos das pessoas”.<sup>13</sup> Para fundamentar este posicionamento, Nozick recorre à chamada “teoria da titularidade”, inspirada no direito natural de John Locke, a qual possui três princípios:

- 1) A pessoa que adquire um bem de acordo com o princípio de justiça na aquisição tem direito a esse bem;
- 2) A pessoa que adquire um bem, de acordo com o princípio de justiça na transferência, de outra pessoa que tem direito ao bem, tem direito a ele;
- 3) ninguém tem direito a um bem exceto por meio das aplicações (repetidas), de 1 e 2.<sup>14</sup>

Assim, uma distribuição de bens é justa sempre que segue esses princípios, de modo que

---

<sup>11</sup> KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo, 2006, p. 119.

<sup>12</sup> Contudo, de acordo com Will Kymlicka, a associação entre o libertarismo e o neoconservadorismo de políticos como Thatcher e Reagan, seria equivocada. Isto porque, apesar dos libertários defenderem um modelo de livre mercado, esta defesa está fundada na liberdade individual. Disso decorre o apoio a medidas como casamento entre pessoas do mesmo sexo, aborto, divórcio etc., comumente rechaçadas por conservadores (KYMLICKA, 2006, p. 121n).

<sup>13</sup> NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**, 2011, p. 191.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 193.

a ação estatal que ultrapasse essas regras, como programas redistributivos, é considerada ilegítima, já que o titular de determinado bem tem o direito absoluto de como dele dispor.<sup>15</sup> Sendo assim, como já salientado, o papel do Estado restringe-se à proteção de direitos em dado território, direitos estes restritos à proteção contra força, roubo, fraude, coerção de contratos entre outros.<sup>16</sup>

Do ponto de vista migratório, a questão que se coloca é: uma das funções do Estado mínimo libertário é o controle das fronteiras? Considerando que ao Estado libertário caberia apenas aquelas funções mínimas, não parece que o simples fato da cidadania faria surgir um dever de proteção contra imigrantes. Na verdade, o dever de proteção daqueles direitos mínimos deve ser exercido contra nacionais ou imigrantes.<sup>17</sup> Ademais, nada impede que indivíduos se engajem em transações particulares, de modo que qualquer um que possua justo título para certa propriedade possa admitir um imigrante, só cabendo intervenção estatal quando houver a violação de algum direito. Assim, pode-se afirmar que, do ponto de vista libertário, “fronteiras nacionais não possuem mais ou menos importância moral do que a fronteira entre o terreno do vizinho e o meu”.<sup>18</sup>

Neste sentido, um determinado proprietário pode, livremente, contratar trabalhadores de outros países sem que o governo nada possa fazer contra essa decisão, já que isso violaria os direitos do proprietário e dos trabalhadores de se engajarem em transações voluntárias.<sup>19</sup> Portanto, integrar um Estado libertário seria muito semelhante a integrar um clube esportivo qualquer.<sup>20</sup> Mas, mais importante do que isso, a teoria libertária não fornece elementos para a exclusão de imigrantes, podendo ser utilizada como um argumento a favor de fronteiras livres.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> Vale destacar, contudo, que injustiças passadas devem ser retificadas, já que violam a regra 3 (Ibid., p. 195-196). Todavia, a análise do princípio da retificação foge completamente do objeto do presente artigo .

<sup>16</sup> NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**, 2011, p. IX.

<sup>17</sup> CARENS, J. Aliens and Citizens: the Case for Open Borders. **The Review of Politics**, 1987, p. 253.

<sup>18</sup> STEINER, H. Libertarianism and transnational migration of people. In: BARRY, B.; GOODIN, R. **Free movement: ethical issues in the transnational migration of people and of money**, 2002, p. 93-94.

<sup>19</sup> CARENS, op.cit, p. 253.

<sup>20</sup> KUKATHAS, C. Immigration. In: LAFOLLETTE, H. **The Oxford Handbook of Practical Ethics**, 2003, p. 273. Este Estado, contudo, não forneceria a imigrantes (ou nacionais), certos serviços sociais além daquele mínimo. Não é por outro motivo que de acordo com Hayek, teórico também associado ao libertarismo, um *welfare state* não pode ser combinado com fronteiras livres ou com uma política migratória generosa.

<sup>21</sup> Evidentemente não é possível adotar apenas este aspecto do libertarismo e combiná-lo, por exemplo, com uma política redistributiva. Isto porque, a partir do momento em que determinada violação de direito de propriedade é admitida, e a redistribuição de renda é assim encarada do ponto de vista libertário, já que viola, em princípio, a regra 3, abre-se o flanco para outras violações, dentre as quais a restrição do fluxo migratório. E, o oposto também é verdadeiro.

## 2.2. O argumento liberal-igualitário pela justiça global

Como vimos, apesar de o libertarismo oferecer argumentos a favor do livre fluxo migratório, a adoção da integralidade de seus princípios pode não ser atraente em um contexto de preocupação com valores mais próximos à justiça social. Note-se, ademais, que podemos encontrar dificuldades na utilização do argumento libertário para a aceitação de refugiados, os quais teriam que contar com a boa vontade de algum proprietário disposto a recebê-los.

No modelo liberal-igualitário, o Estado possui funções que vão muito além do Estado mínimo libertário. O principal teórico deste modelo é o filósofo norte-americano John Rawls, cuja obra **Uma Teoria da Justiça** (1971) inaugurou um novo paradigma para se pensar o problema da justiça institucional a partir do conceito de justiça como equidade (justice as fairness).

O modelo de justiça rawlsiano tem por objetivo principal o estabelecimento de instituições políticas e sociais justas. Para cumprir essa tarefa, Rawls desenvolveu o conceito da “posição original”, um artifício hipotético no qual as partes se colocam por trás de um “véu de ignorância” que as impede de saber suas características na sociedade, como sexo, classe, religião, posição social, etnia, capacidades físicas e intelectuais. Com isso, Rawls quer evitar que características arbitrárias como vantagens de nascimento afetem a distribuição de bens primários na sociedade, já que nessa situação de ignorância, as partes não escolherão princípios que gerem uma estrutura social que possa prejudicá-las após o véu ser descoberto. Neste contexto, no modelo de justiça como equidade as partes adotarão princípios de justiça que apresentam-se da seguinte maneira:<sup>22</sup>

- 1) toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos; e
- 2) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições:
  - a) a primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades;
  - b) a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade (princípio da diferença)

Intuitivamente, parece que podemos tentar aplicar estes princípios em escala global.

---

<sup>22</sup> RAWLS, J. **Political Liberalism**: expanded edition, Nova York: Columbia University Press 1993, p. 271.

Afinal, o nascimento de alguém em um país extremamente pobre é um fato arbitrário que não poderia ser decisivo para a distribuição de bens primários. Sob esta ótica, o direito à imigração seria justificável, já que o fluxo de pessoas tende a promover arranjos socioeconômicos mais vantajosos àqueles mais desfavorecidos na comunidade global.

No entanto, o próprio John Rawls não compartilha dessa ampliação de sua teoria. Isto porque o modelo de justiça rawlsiano é concebido para uma sociedade fechada, na qual os membros entram com o nascimento e saem com a morte, não sendo possível estendê-lo para um modelo de justiça global, o qual deve assentar-se em princípios distintos.<sup>23</sup>

Este tema é desenvolvido pelo autor na obra **O Direito dos Povos** (1999), na qual Rawls afirma que os princípios de justiça para uma sociedade internacional seriam escolhidos em um segundo turno da “posição original”, após a determinação dos princípios de justiça doméstica. Contudo, neste segundo turno, são os povos, e não os indivíduos, que estão na posição original<sup>24</sup>. Neste contexto, chega-se a princípios de justiça mais próximos a regras de direito internacional, como independência, respeito a tratados, não-intervenção, respeito a um rol restrito de direitos humanos, entre outros princípios, nos quais não se incluem assuntos de justiça econômica. Esta posição de Rawls é coerente com sua concepção de uma “sociedade fechada” que, para redistribuir riquezas para outros países, exigiria uma readequação das prioridades domésticas, o que é descartado pelo autor.<sup>25</sup>

Ao fazer essa mudança de foco de indivíduos para povos, a premissa individualista dos princípios de justiça doméstica é derrubada, fazendo com que desigualdades entre indivíduos não sejam moralmente significativas no campo internacional.<sup>26</sup> Além disso, pode ser difícil sustentar um modelo de paz global sem qualquer medida de redistribuição econômica.<sup>27</sup> Desse modo, este modelo de contrato social em dois níveis, contudo, é tido como insatisfatório por diversos liberais-igualitários, em especial Charles Beitz,<sup>28</sup> Thomas Pogge<sup>29</sup> e Joseph Carens, os quais aderem a um modelo de contrato global.<sup>30</sup> Para

---

<sup>23</sup> RAWLS, J. **Political Liberalism**: expanded edition, 1993, p. 12.

<sup>24</sup> RAWLS, J. **The Law of Peoples**, 1999b, p. 23-30.

<sup>25</sup> NUSSBAUM, M. C. **Fronteiras da Justiça**, 2013, p. 291-292.

<sup>26</sup> VITA, Á. D. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**, 2008, p. 234.

<sup>27</sup> NUSSBAUM, M. C. **Fronteiras da Justiça**, 2013, p. 283.

<sup>28</sup> Beitz foi um dos mais importantes autores a trabalhar o tema da justiça distributiva em âmbito global. Neste sentido, cf. **Political Theory and International Relations**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

<sup>29</sup> Pogge é, atualmente, um dos mais importantes autores na temática da justiça global. Cf. **World Poverty and Human Rights. Polity**, 2008.

<sup>30</sup> Adotamos os termos contrato global e contrato de dois níveis usados por Martha Nussbaum. cf. NUSSBAUM, M. C. **Fronteiras da Justiça**, 2013, p. 280.

o presente trabalho, tomaremos a posição deste último autor.

Joseph Carens sustenta que a partir do conceito da posição original pensado em nível global, é possível articular argumentos morais a favor da livre migração. O primeiro argumento do autor é que, independentemente da sociedade e seus valores políticos, as pessoas devem ser consideradas livres e iguais, o que é um dos pressupostos do modelo rawlsiano.<sup>31</sup> Assim, a igualdade moral deve ser um primeiro dado a ser levado em consideração quando pensamos sobre justiça migratória.<sup>32</sup> Além disso, Carens descarta o construtivismo rawlsiano,<sup>33</sup> segundo o qual a justiça como equidade só faz sentido em um contexto de ideais democráticos compartilhados pelas partes, já que esta restrição tornaria o “véu da ignorância” um artifício inútil, especialmente no âmbito global.<sup>34</sup>

Com isso, o autor aplica o “véu da ignorância” no âmbito global naqueles moldes já descritos: os princípios de justiça que devem ser aplicados no plano internacional são escolhidos por partes que ignoram seus respectivos locais de nascimento, o que levaria à escolha daqueles mesmos princípios de justiça aplicáveis no âmbito nacional. Neste contexto, ainda segundo Carens, a soberania dos Estados estaria submetida aos princípios de justiça, de modo que, por exemplo, a liberdade de religião não poderia ser abolida e as desigualdades globais deveriam ser mitigadas pela aplicação de um princípio da diferença internacional.<sup>35</sup>

Assim, do mesmo modo que a liberdade de religião estaria resguardada pelas partes por trás do “véu da ignorância”, também a liberdade de movimento, por ser essencial para planos de vida individuais, figurando entre as liberdades básicas. E esta liberdade seria preservada mesmo se as desigualdades socioeconômicas fossem consideravelmente diminuídas, já que outras razões podem justificar o desejo de emigrar. Ademais, na posição originária,

---

<sup>31</sup> RAWLS, J. **A theory of justice**: revised edition. 1999a, p. 131-132.

<sup>32</sup> CARENS, J. Aliens and Citizens: the Case for Open Borders. **The Review of Politics**, 1987, p. 256-257.

<sup>33</sup> Sobre o tema, argumenta-se que o modelo de justiça rawlsiano é concebido para uma sociedade fechada, na qual os membros entram com o nascimento e saem com a morte, não sendo possível estendê-lo para um modelo de justiça global, o qual deve assentar-se em princípios distintos (RAWLS, 1993, p. 12; 1999, p. 7). Sobre o modelo de justiça para o âmbito internacional, o qual não será analisado no presente artigo, cf. RAWLS, 1999.

<sup>34</sup> CARENS, J. Aliens and Citizens: the Case for Open Borders. **The Review of Politics**, 1987, p.257. Vale destacar que a partir do **Liberalismo Político**, Rawls dá mais ênfase a argumentos ligados ao exercício da razão pública e à existência de ideias políticas implícitas na sociedade que permitiram chegar a uma espécie de “denominador comum” que ele chama de “consenso sobreposto”. Assim, o argumento da posição original perde parte da força, o que é contestado por Carens nessa passagem.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 257-258.

adota-se a posição dos membros em maior desvantagem por restrições, ou seja, daquelas pessoas que desejam mudar de país, o que também leva à inclusão deste direito entre as liberdades básicas.<sup>36</sup>

Aliás, ainda segundo Carens, o primeiro princípio de justiça autoriza a livre imigração ainda que isso redunde em desvantagens econômicas para os cidadãos de dado país, já que uma liberdade básica (no caso a de imigrar) só pode ser restringida por outra liberdade.<sup>37</sup> E, como o local de nascimento é um fato moralmente arbitrário, os nacionais não possuem qualquer argumento especial em face dos imigrantes.<sup>38</sup>

Em suma, os argumentos de Carens a favor de uma maior abertura migratória possuem uma clara inspiração em John Rawls, ampliando os argumentos do autor para a justiça doméstica também para a justiça internacional, ainda que isso esteja em desacordo com o modelo de contrato em social em dois níveis da obra **O Direito dos Povos**. Veremos, contudo, que esses mesmos argumentos podem ser usados em favor de uma maior restrição migratória. Antes, no entanto, apresentaremos o trabalho de Michael Walzer, associado ao comunitarismo, a respeito do tema.

### 3. ARGUMENTOS CONTRA FRONTEIRAS LIVRES

#### 3.1. O argumento comunitarista

De forma esquemática, podemos colocar a posição comunitarista como uma reação ao individualismo liberal, inclusive a formulação contemporânea de John Rawls.<sup>39</sup> Assim, autores comunitaristas atacaram o “eu desencarnado” do indivíduo liberal, enfatizando a precedência da comunidade. Enquanto a argumentação liberal apela para razões mais

---

<sup>36</sup>CARENS, J. Aliens and Citizens: the Case for Open Borders. **The Review of Politics**, 1987, p. 258.

<sup>37</sup> CARENS, J. Aliens and Citizens: the Case for Open Borders. **The Review of Politics**, 1987, p. 262.

<sup>38</sup> Ibid., p.261.

<sup>39</sup> Para uma apresentação amigável das principais teorias de justiça, dentre elas o liberalismo, o libertarismo e o comunitarismo, cf.: SANDEL, M. **Justiça: o que é a coisa certa a fazer**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. GARGARELLA, R. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

abstratas e universais, a argumentação comunitarista é marcada pelo uso de conceitos como tradição, costumes e comunidades situadas em um contexto concreto.<sup>40</sup>

Michael Walzer, um dos mais destacados autores comunitaristas, apresenta uma abordagem da questão migratória<sup>41</sup> a partir desta tradição que se tornou uma espécie de paradigma na defesa do direito à restrição.<sup>42</sup> Esta posição fica bem clara já no início de seu texto sobre o tema:

A ideia de justiça distributiva pressupõe um mundo no qual distribuições ocorrem: um grupo de pessoas comprometidas com a divisão, intercâmbio e partilha de bens sociais, em primeiro lugar entre si mesmas. Esse mundo, como já disse, é a comunidade política, cujos membros distribuem poder uns para os outros e evitam, se lhes for possível, compartilhá-lo com outras pessoas. Quando pensamos em justiça distributiva, pensamos em cidades ou países independentes capazes de organizar seus próprios modelos de divisão e troca, justos ou injustos.<sup>43</sup>

Assim, infere-se que Walzer parte de uma distribuição de bens que leva em consideração uma comunidade política específica, de modo que seus membros possuem uma precedência moral sobre aqueles de fora. A afiliação não só é um dos bens distribuídos pela comunidade política: é o bem mais importante, já que define com quem essas escolhas são feitas, quem deve obediência, quem recolhe tributos ou possui direitos a bens e serviços. E, neste sentido, cabe à comunidade política decidir como distribuir a afiliação, ou seja, definir os critérios para a admissão de estrangeiros.<sup>44</sup> Desse modo, a partir do fato de que o mundo está estruturado em comunidades políticas, havendo uma divisão entre “nacionais e estrangeiros”, é necessária a tomada de decisões sobre admissão e, conseqüentemente,

---

<sup>40</sup> BAGGINI, J.; FOSL, P. S. **The Ethics Toolkit**, 2007, p. 127-128.

<sup>41</sup> Walzer aborda a questão migratória também na obra **Sobre a Tolerância**, na qual aborda as “sociedades de imigrantes”, caracterizadas por membros integrantes de diferentes grupos que deixaram seus territórios originais e se dispersaram no novo território. Estas migrações, segundo Walzer, seriam motivadas por questões econômicas e sociais, sem um propósito colonizador, de modo que não há uma tentativa deliberada de se implantar um novo modelo cultural em outro país. Para Walzer, esta questão permite uma análise de como os indivíduos se toleram mutuamente quando há diferenças culturais evidentes, bem como qual deve ser o papel do Estado na proteção de determinadas práticas. Contudo, como esta abordagem não se liga especificamente com a questão da aceitação ou não de imigrantes do ponto de vista de ingresso em determinado território, deixaremos de fazer uma abordagem mais detalhada sobre a questão. cf. WALZER, M. **On Toleration**. 1997, p. 30-35.

<sup>42</sup> Ironicamente, John Rawls em **O Direito dos Povos** afirma expressamente que “um povo tem um direito qualificado de, ao menos, limitar a imigração”, apoiando-se em Walzer para fundamentar essa restrição na preservação de princípios constitucionais e da cultura. RAWLS, J. **The Law of the Peoples**, 1999b, p. 39.

<sup>43</sup> WALZER, M. **Esferas de Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**, 2003, p. 39.

<sup>44</sup> WALZER, M. **Esferas de Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**, 2003, p. 39-40.



recusa de outros seres humanos.<sup>45</sup>

Porém, como vimos, há argumentos favoráveis à inexistência de fundamentos para uma distinção entre membros e não-membros de dada comunidade política. Assim, a defesa de sua posição depende da demonstração de que tal divisão é moralmente sustentável. Para isso, o autor parte de um pressuposto bem distinto dos liberais, já que opta por construir sua teoria a partir dos membros de uma comunidade política, e não indivíduos concebidos por trás, por exemplo, do artifício teórico do “véu da ignorância” rawlsiano.<sup>46</sup>

Para pensar a questão, Walzer estabelece três analogias, comparando a comunidade política a bairros, clubes ou famílias. O bairro é definido como uma associação humana de alta complexidade, mas sem diretrizes políticas quanto à admissão. Pessoas de fora do bairro podem ser bem-vindas ou não, mas jamais barradas. De acordo com Walzer, países não podem ser comparados a bairros, já que essa mobilidade contraria certos desígnios humanos de preservação de tradição, cultura local e de bem-estar, os quais estariam em risco com uma mobilidade massiva. Já os clubes possuem regras de admissão e que, em analogia aos países, são decisões de cunho político.

Caberia aos países assim, definir as regras de entrada de imigrantes a partir de critérios políticos, como a atração de mão-de-obra no Brasil entre os séculos XIX e XX. Contudo, esse modelo desconsidera o aspecto moral das comunidades políticas, já que existem argumentos favoráveis à admissão também do ponto de vista nacional ou étnico. Neste contexto é introduzida a comparação com uma família: ao invés de clubes, com vinculações meramente políticas, membros de famílias possuem ligações morais com pessoas que não escolheram, as quais podem viver fora do lar.

Assim, por um “princípio do parentesco”, os países possuem fortes argumentos para admitir os parentes daqueles que já foram admitidos, mediante união familiar, bem como membros de outros países que tenham afinidades étnicas, como, por exemplo, os alemães expulsos da Polônia após a 2ª Guerra Mundial, mas acolhidos pelas duas Alemanhas.<sup>47</sup> No caso do Brasil, podemos invocar a situação dos “brasiguaios”, brasileiros ou descendentes estabelecidos na região da fronteira do Brasil com o Paraguai.

À comparação com clubes e famílias, Walzer soma o fato de que os países são Estados

---

<sup>45</sup> WALZER, M. **Esferas de Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade, 2003, p. 43.

<sup>46</sup> CARENS, J. Aliens and Citizens: the Case for Open Borders. **The Review of Politics**, 1987, p. 266.

<sup>47</sup> WALZER, M. **Esferas de Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade, 2003, p. 44-54.

territoriais, salientando que território é essencial para garantir aos cidadãos proteção e recursos. Unindo este dado às analogias de clube e família, Walzer sustenta que a distribuição de afiliação, e portanto de exclusão de estrangeiros, fundamenta-se no direito de autodeterminação das comunidades políticas.

No contexto comunitarista, esta autodeterminação pode ser explicada a partir de três premissas básicas: (1) Estados legítimos possuem o direito de autodeterminação; (2) a liberdade de associação é um componente essencial da autodeterminação; (3) a liberdade de associação autoriza alguém a recusar a associação com outros.<sup>48</sup> Isso significa que, fora casos extremos que serão analisados em seguida, uma comunidade pode legitimamente escolher quais as regras de admissão para estrangeiros. Isso significa, de acordo com Walzer, que “a distribuição de afiliações não está totalmente sujeita às restrições de justiça”, contrariando o modelo advogado por Carens. E prossegue o autor:

Numa considerável escala de decisões, os Estados estão simplesmente livres para acolher estrangeiros (ou não) – da mesma forma que estão livres, deixando de lado os clamores dos necessitados, para repartir suas riquezas com os amigos estrangeiros, homenagear as realizações de artistas, acadêmicos e cientistas estrangeiros, escolher os parceiros comerciais e fazer acordos de segurança coletiva com os Estados estrangeiros. Mas o direito de escolher uma política de admissões é o mais elementar do que qualquer um desses, pois não é mera questão de ação no mundo, de exercício de soberania e de procurar atender aos interesses nacionais. O que está em jogo é o formato de comunidade que age no mundo, exercita a soberania etc. A admissão e a exclusão estão no âmago da independência comunitária.<sup>49</sup>

Todavia, a autodeterminação na esfera da afiliação não é absoluta. De fato, até o momento, tratamos principalmente de migrações razoavelmente voluntárias, as quais não são os únicos deslocamentos populacionais possíveis. Basta considerarmos, por exemplo, o instituto do refúgio, voltado para a proteção de pessoas vítimas de determinadas perseguições de índole étnica, religiosa, política, entre outras.

Diante dos refugiados, Walzer admite que há razões morais mais fortes para admissão, sendo que em alguns casos as obrigações são iguais às devidas a compatriotas, como nos casos de refugiados que chegaram a essa situação graças ao próprio país (como na relação dos EUA com refugiados vietnamitas) ou por afinidade étnica ou ideológica. Portanto,

---

<sup>48</sup> WELLMAN, C.H., “Immigration”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/immigration/>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

<sup>49</sup> WALZER, M. **Esferas de Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade, 2003, p. 81.

Walzer aceita que o que chama de “princípio do auxílio mútuo” cria argumentos morais mais fortes em relação a refugiados, mas estes argumentos têm mais força para situações em que há certos vínculos entre os membros e os estrangeiros, e restrições são aceitáveis do ponto de vista da autodeterminação comunitária.<sup>50</sup> Mas trata-se, evidentemente, de uma exceção que não pode ser expandida até um argumento favorável às fronteiras livres.

Portanto, os argumentos de Walzer, além de darem um peso maior para cultura e tradições locais, enfatizam a autodeterminação das comunidades políticas, as quais podem deliberar sobre os modos de distribuição de afiliação.

### 3.2. O argumento liberal-igualitário pela justiça social doméstica

Um dos argumentos mais comuns no debate cotidiano acerca das migrações é a de que os imigrantes são um risco econômico para o país em razão do impacto no mercado de trabalho e nos serviços públicos.

A maior parte dos economistas aponta para os benefícios do livre fluxo de pessoas, o qual aumenta a competitividade dos mercados de trabalho e gera um uso mais eficiente de recursos. Do ponto de vista doméstico, as migrações aumentam o número de trabalhadores disponíveis e expandem o mercado interno. Contudo, este fluxo pode gerar impacto nos serviços públicos, em especial na assistência social, na educação e na saúde. Além disso, do ponto de vista econômico, o impacto pode ser negativo em países com alto nível de desemprego, bem como pode haver uma diminuição da média salarial dos trabalhadores locais diante da existência de alternativas de mão-de-obra mais baratas.<sup>51</sup>

Estes argumentos, apresentados aqui de forma muito simplificadas, levam a um dilema do ponto de vista local: a eventual diminuição do bem-estar dos nacionais pode ser um critério favorável à restrição migratória? É o que Stephen Macedo enfrenta ao colocar

---

<sup>50</sup> WALZER, M. **Esferas de Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade, 2003, p. 63-67.

<sup>51</sup> KUKATHAS, C. Immigration. In: LAFOLLETTE, H. **The Oxford Handbook of Practical Ethics**, 2003, p. 573-575.

uma suposta colisão entre imigração e justiça social doméstica.<sup>52</sup> Apesar de Macedo usar exemplos da política migratória dos EUA, mostraremos que muitos de seus argumentos são aplicáveis ao modelo brasileiro.

Segundo Macedo, baseado em um influente estudo conduzido pelo economista George Borjas, o aumento do fluxo migratório nos EUA a partir das reformas de 1965 fez com que o perfil dos imigrantes mudasse de indivíduos que contribuíam para o mercado local com mão-de-obra qualificada para indivíduos que integram os 20% mais pobres da população. Isso ocorreu por força de mudanças legislativas que passaram a privilegiar a reunião familiar em detrimento da imigração de trabalhadores qualificados.

As consequências econômicas desta política seriam claras: enquanto em 1960 um imigrante ganhava, em média, 4% a mais que o norte-americano médio, em 1998 o imigrante médio ganhava 23% a menos. Além disso, em razão do aumento do número de trabalhadores, a imigração entre 1980 e 2000 diminuiu a média-salarial dos trabalhadores locais em cerca de 4%. E em razão do baixo nível educacional das novas ondas migratórias, o impacto teria sido maior nas parcelas mais desfavorecidas da sociedade, em especial aqueles que não concluíram o ciclo educacional.

Em suma, em que pese as camadas mais ricas da população se beneficiem com a imigração, as parcelas mais desfavorecidas, compostas por indivíduos com baixa qualificação e que competem diretamente com estes imigrantes, teriam sido prejudicadas.<sup>53</sup>

No Brasil, uma simulação conduzida com base na mesma metodologia de Borjas chegou a uma conclusão semelhante: um influxo migratório que eleva 1% a força de trabalho com nível educacional “fundamental incompleto” reduz cerca de 0.7% o salário médio deste grupo, enquanto pouco afeta os demais. Ainda segundo o estudo, o influxo de trabalhadores bem-qualificados gera um impacto negativo apenas nos salários de trabalhadores locais do mesmo nível educacional, pouco afetando os demais.<sup>54</sup>

Analisando-se as estatísticas do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), órgão responsável

---

<sup>52</sup> MACEDO, S. When and Why Should Liberal Democracies Restrict Immigration? In: SMITH, R. E. **Citizenship, Borders and Human Needs**, 2011.

<sup>53</sup> MACEDO, S. When and Why Should Liberal Democracies Restrict Immigration? In: SMITH, R. E. **Citizenship, Borders and Human Needs**, 2011, p. 303-304.

<sup>54</sup> MACHADO, F. S.; SOUZA, A. P. F. **Efeitos Salariais da Imigração no Brasil: uma simulação**. 42º Encontro Nacional de Economia. ANPEC. 2014. Disponível em: <[http://www.anpec.org.br/encontro/2014/submissao/files\\_I/i13-54b026d84afa8fdce29a15256515c812.pdf](http://www.anpec.org.br/encontro/2014/submissao/files_I/i13-54b026d84afa8fdce29a15256515c812.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2015.

pelo deferimento de diversas modalidades de visto, dentre os quais o de trabalho e de caráter humanitário, constatamos que enquanto em 2011 foram concedidos 711 vistos humanitários, em 2014 este número chegou a 3.073, dos quais 1.873 correspondem a vistos concedidos a haitianos,<sup>55</sup> grupo cuja grande maioria (74% dos homens) tende a ocupar postos de trabalho na construção civil.<sup>56</sup> Podemos somar a esses dados a informação de que, segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, o número de Carteiras de Trabalho e Previdência cresceu 53% entre 2012 e 2013, sendo que a maioria foi concedida a haitianos, cujo número de trabalhadores cresceu em 132% entre 2012 e 2013.<sup>57</sup>

Evidentemente, estes estudos não são suficientes para afirmar, com precisão, qual o impacto das migrações para a economia brasileira. Entretanto, os números mostram que houve um aumento registrado de imigrantes para atuação em postos que, usualmente, são ocupados por brasileiros mais desfavorecidos socialmente e, portanto, há elementos ao menos para considerar um eventual impacto negativo da imigração nestes grupos. Assim, em certa medida, podemos reproduzir o argumento central do texto de Macedo no sentido de que, se constatado o impacto negativo das migrações na justiça social doméstica, estaríamos diante de um bom fundamento para a imposição de regras mais rígidas de admissão, talvez focando em mão-de-obra mais qualificada ou estabelecimento de cotas.<sup>58</sup>

Para lidar com o dilema do ponto de vista teórico, Macedo também vai utilizar argumentos de inspiração rawlsiana. Contudo, ao contrário da posição de Joseph Carens, para Macedo as fronteiras de uma comunidade política possuem relevância moral, já que os princípios de justiça social regulam e justificam as relações entre membros de um sistema de autogoverno coletivo. Ou seja, Macedo se vale do argumento de John Rawls para a estrutura básica em sua forma mais tradicional, concebendo-a como um sistema público de regras que rege as

---

<sup>55</sup> MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Conselho Nacional de Imigração (CNIg). Base Estatística Atualizada até 30/09/2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A4A5E01F7014A770DB50E7B7D/ESTAT%C3%8DSTICAS%20-%20CNIG%20-%20SETEMBRO.pdf>> Acesso em: 22 fev. 2015.

<sup>56</sup> FERNANDES, D.; CASTRO, M. **Projeto “Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral”**. CNIg. Brasília. 2014. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/trab\\_estrang/publicacoes.htm](http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/publicacoes.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2014.

<sup>57</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/emissao-de-carteiras-de-trabalho-para-estrangeiros-aumenta-53-em-2013.html>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

<sup>58</sup> Aliás, inicialmente o governo brasileiro estabeleceu uma cota para a entrada de haitianos no país. Contudo, como o controle das fronteiras no Acre, região de entrada dos haitianos, é muito fraco, logo o governo abandonou o limite e garantiu a possibilidade de regularização migratória a todos.

vidas dos membros de uma comunidade fechada do nascimento à morte.<sup>59</sup>

Macedo sustenta que, por mais que os membros de uma comunidade política estejam obrigados por princípios políticos a zelar pelos outros membros, garantindo bem-estar, segurança e outros bens primários, não seria possível estender esta obrigação a não-membros, os quais não estariam vinculados a esta estrutura básica. Ademais, não faria sentido conferir direitos sem tornar estes indivíduos também responsáveis pelo governo, isto é, seria incoerente admitir estrangeiros sem restrição, garantindo-lhes, por exemplo, direito à saúde, sem que possam exercer direitos políticos para influenciar a regulação de um sistema de saúde.

Em síntese, para Macedo, em contraste aos argumentos de Carens, o transplante de princípios de justiça doméstica para a arena global não faz sentido sem a respectiva transferência de autoridade governamental, o que se aproximaria de um modelo cosmopolita de comunidade política muito pouco factível na realidade.<sup>60</sup>

O autor ressalta, contudo, que esta posição não implica um quietismo em relação à pobreza global. Haveria obrigações de justiça na seara internacional: relações comerciais equitativas, não-intervenção, não-dominação, não-exploração, retificação de injustiças passadas, ajuda humanitária a países pobres e programas de vistos temporários de trabalho, entre outras medidas. Todavia, do ponto de vista da afiliação política, as obrigações do ponto de vista doméstico seriam distintas daquelas do ponto de vista global.<sup>61</sup>

Assim, partindo da premissa de que os princípios de justiça são diferentes na esfera internacional, Macedo chega à conclusão que não é razoável impor aos membros mais desfavorecidos de uma comunidade uma escolha política que implique uma piora da situação socioeconômica sob o argumento de que isso vai melhorar a situação daqueles que, por um fato arbitrário, nasceram em países cuja situação é ainda pior.

#### 4. CONCLUSÃO

O objetivo do texto foi apresentar algumas das principais abordagens da questão migratória no âmbito da teoria política normativa sem tomar partido explícito por nenhuma delas,

---

<sup>59</sup> MACEDO, S. When and Why Should Liberal Democracies Restrict Immigration? In: SMITH, R. E. **Citizenship, Borders and Human Needs**, 2011, p.311-312.

<sup>60</sup> Ibid., p. 313.

<sup>61</sup> Ibid., p. 314-316.

o que exigiria a análise mais detida dos autores e dos debates em que cada um se engajou. Não obstante, foi possível perceber a articulação de argumentos favoráveis e contrários à restrição migratória a partir de diversos pontos de vista teóricos (liberalismo-igualitário, comunitarismo e libertarianismo) e com base em diversos argumentos (igualdade, liberdade de movimento, comunidade e economia). Infelizmente alguns temas importantes não foram detalhadamente abordados, como a situação peculiar dos refugiados, a proteção da cultura nacional ou os argumentos a favor de esquemas redistributivos globais. Todavia, acreditamos que algumas das principais teorias sobre o tema foram discutidas.

Encerramos o texto com uma consideração importante acerca da pertinência de uma teoria ideal, entendida como aquela que se funda na ideia de que os membros da sociedade concordam e agem de acordo com princípios de justiça (*full compliance*), situação pouco factível no mundo real.<sup>62</sup>

Ao sermos confrontados com uma posição que se apegua a argumentos que exigem maior abstração e assumem contextos sociais idealizados como, por exemplo, os argumentos de Carens a favor das fronteiras livres, ficamos intuitivamente tentados à descartá-los como inviáveis. Contudo, como já mencionamos, o papel da teoria política normativa é estabelecer uma teoria ideal voltada ao *design* de concepções de justiça, e não de formular diretamente políticas públicas concretas.<sup>63</sup>

Assim, após o traçado de uma teoria ideal, são estabelecidos certos critérios para a aplicação de princípios de justiça às condições imperfeitas do mundo real, em especial a identificação das injustiças que merecem atenção imediata. Ou seja, a teoria ideal oferece um norte de aspiração para sociedades justas ao possibilitar a melhor escolha dentre os arranjos institucionais viáveis disponíveis<sup>64</sup>. Deste modo, recorrendo a mais uma expressão cunhada por John Rawls, talvez caiba à teoria política normativa, no contexto das migrações, formular uma utopia realista.

---

<sup>62</sup> RAWLS, J. **Justice as fairness**: a restatement. Cambridge: Belknap Press, 2001, p. 13.

<sup>63</sup> SANGIOVANI, A. Normative Political Theory: A Flight from Reality?. In: BELL, D. (ed.), **Political Thought and International Relations: Variations on a Realist Theme**, 2008, p. 224.

<sup>64</sup> RAWLS, J. **Justice as fairness**: a restatement. Cambridge: Belknap Press, 2001, p. 13. CARENS, J. Aliens and Citizens: the Case for Open Borders. **The Review of Politics**, 1987, p. 262. SANGIOVANI, A. Normative Political Theory: A Flight from Reality?. In: BELL, D. (ed.), **Political Thought and International Relations: Variations on a Realist Theme**, 2008, p. 224.

## REFERÊNCIAS

BAGGINI, J.; FOSL, P. S. **The Ethics Toolkit**. Malden: Blackwell, 2007.

CARENS, J. Aliens and Citizens: the Case for Open Borders. **The Review of Politics**, Notre Dame, v. 49, n. 2, p. 251-273, Primavera 1987.

\_\_\_\_\_. **The Ethics of Immigration**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FERNANDES, D.; CASTRO, M. **Projeto “Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral”**. CNIg. Brasília. 2014. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/trab\\_estrang/publicacoes.htm](http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/publicacoes.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2014.

GOODIN, R. E. If people were money. In: BARRY, B.; ROBERT, G. **Free Movement**. University Park: Penn State University Press, 1992. p. 6-19.

KUKATHAS, C. Immigration. In: LAFOLLETTE, H. **The Oxford Handbook of Practical Ethics**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 567-590.

KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO, S. When and Why Should Liberal Democracies Restrict Immigration? In: SMITH, R. E. **Citizenship, Borders and Human Needs**. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2011.

MACHADO, F. S.; SOUZA, A. P. F. **Efeitos Salariais da Imigração no Brasil: uma simulação**. 42º Encontro Nacional de Economia. ANPEC. 2014. Disponível em: <[http://www.anpec.org.br/encontro/2014/submissao/files\\_I/i13-54b026d84afa8fdce29a15256515c812.pdf](http://www.anpec.org.br/encontro/2014/submissao/files_I/i13-54b026d84afa8fdce29a15256515c812.pdf)>. Acesso em 22/02/2015.

NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUSSBAUM, M.C. **Fronteiras da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PETTIT, P. **Republicanism: a theory of freedom and government**. Oxford: Oxford University Press, 1997.



RAWLS, J. **Justice as fairness**: a restatement. Cambridge: Belknap Press, 2001.

\_\_\_\_\_. **Political Liberalism**: expanded edition. Nova York: Columbia University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. **A theory of justice**: revised edition. Cambridge: Belknap Press, 1999a.

\_\_\_\_\_. **The Law of Peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999b.

SANGIOVANI, A. Normative Political Theory: A Flight from Reality?. In: BELL, D. (ed.), **Political Thought and International Relations**: Variations on a Realist Theme. Oxford: Oxford University Press, p. 219-239.

STEINER, H. Libertarianism and transnational migration of people. In: BARRY, B.; GOODIN, R. **Free moviment**: ethical issues in the transnational migration of people and of money. Londres: Harvester Wheatsheaf, 2002.

VITA, Á. D. **O liberalismo igualitário**: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WALZER, M. **Esferas de Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **On Toleration**: Catle Lectures in Ethics, Politics, and Economics. New Haven: Yale University Press, 1997.

WELLMAN, C.H., “Immigration”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/immigration/>>. Acesso em: 24/05/2015.

O PROCEDIMENTO DE  
SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO NO  
BRASIL À LUZ DA PROTEÇÃO  
INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS

*Fabiana Galera Severo*

*THE REFUGE STATUS DETERMINATION  
REQUEST IN BRAZIL UNDER THE  
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION*



# O PROCEDIMENTO DE SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO NO BRASIL À LUZ DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

*THE REFUGEE STATUS DETERMINATION REQUEST IN BRAZIL UNDER THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION*

*Fabiana Galera Severo*

*(Mestranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Estadual pela Erradicação do Trabalho Escravo de São Paulo. Defensora Pública Federal em São Paulo).*

## RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar os empecilhos burocráticos inerentes ao procedimento de solicitação de refúgio no país e sua (in)adequação com relação às diretrizes internacionais de proteção dos direitos humanos, aumentando a situação de vulnerabilidade social dos solicitantes de refúgio. Apesar de o Brasil contar com uma das legislações mais progressistas da comunidade internacional para a proteção dos refugiados, o acesso ao procedimento de solicitação de refúgio desse grupo vulnerável é difícil, porquanto lento e excessivamente burocrático. Realidades sociais como a situação de crianças e adolescentes desacompanhados ou separados, além da especial condição das “mulas” do tráfico de drogas, são excluídas do acesso ao pedido de refúgio. Situações como detenções arbitrárias de solicitantes de refúgio e incongruências decorrentes da não proteção de refugiados ambientais e econômicos também merecem destaque na busca pela efetiva proteção dos refugiados.

**Palavras-chave:** Solicitante de refúgio. Procedimento. Refugiado. Protocolo. *Non-refoulement*.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the bureaucratic obstacles inherent in the refugee request procedure in Brazil and its (in)adequacy in relation to international guidelines for protection of human rights, increasing the situation of social vulnerability of asylum seekers. Although Brazilian's law is progressive in terms of protection of refugees, the access to the refugee request procedure is difficult, because it's slow and overly bureaucratic. Social realities such as the situation of unaccompanied or separated children, as well as the special condition of "mules" of drug trafficking, are excluded from access to the refugee claim. Situations like arbitrary arrests of asylum seekers and inconsistencies resulting from the lack of protection of environmental and economic refugees are also worth mentioning for the effectiveness of the protection of refugees.

**Keywords:** Asylum-seeker. Procedure. Refugee. Protocol. *Non-refoulement*.

Data de submissão: 27/02/2015.

Data de aceitação: 15/05/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DIFICULDADES DE ACESSO IMEDIATO AO PROTOCOLO DE SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO E À CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. 3 IMPEDIMENTO DE SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES DESACOMPANHADOS OU SEPARADOS. 4 SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO POR "MULA" DE TRÁFICO DE DROGAS: O DESCOMPASSO ENTRE A LEI DOMÉSTICA E O TRATADO INTERNACIONAL. 5 A SALA DO CONECTOR DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS: DETENÇÕES ARBITRÁRIAS E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT. 6 INCONGRUÊNCIAS DO PROCEDIMENTO DO "REFÚGIO-TRANSFORMAÇÃO": O CASO DOS HAITIANOS. 7 CONCLUSÕES.

## 1. INTRODUÇÃO

A efetiva proteção dos refugiados demanda, cada vez mais, uma interpretação internacionalista, pelo viés da proteção global dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como já consagrado na doutrina,<sup>1</sup> constitui um marco na evolução e na internacionalização dos direitos humanos, sendo para o direito de refugiados e apátridas um evento inaugural, que formula direitos humanos que não estão ao alcance de jurisdição nacional, passando a conceder a nacionais e estrangeiros os mesmos direitos fundamentais.

Cumprir reconhecer, no entanto, na linha da visão crítica de Costas Douzinas,<sup>2</sup> que o discurso de proteção dos direitos humanos pode dissimular verdadeira violação a esses direitos, como acontece em muitos Estados democráticos e liberais, signatários de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, cuja repressão policial é desproporcional, ou que conferem péssimo tratamento aos refugiados, aplicam pena de morte, entre outras práticas dissociadas do ideal humanitário sustentado nos sistemas de proteção de direitos humanos. Nesse sentido, as declarações de direitos humanos se mostram absolutamente insuficientes à consecução desses direitos.

No atual contexto de proteção internacional de direitos humanos, o exercício do direito de ação em cortes internacionais tem representado um avanço à efetivação dos direitos declarados nos tratados internacionais. Os direitos humanos deixam de ser, assim, uma batalha de reformistas bem-intencionados e um passatempo inofensivo, como era nos idos de 1946.<sup>3</sup>

O desafio que se estabelece hoje diz respeito a como incorporar preceitos de direitos humanos, estabelecidos internacionalmente em tratados, em relação ao direito interno dos países signatários. Especificamente no que diz respeito ao direito internacional dos refugiados, apesar dos dispositivos contidos na lei 9.474/97, tão festejada por autores que a consideram um avanço inclusive em relação ao tratado internacional,<sup>4</sup> na prática há consideráveis discrepâncias entre o procedimento de solicitação de refúgio adotado no Brasil e os compromissos assumidos internacionalmente, ensejando clara violação aos direitos humanos.

---

<sup>1</sup> LAFER, Celso. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 2008, pp. 297-329.

<sup>2</sup> DOUZINAS, Costas. **O fim dos Direitos Humanos**, 2009.

<sup>3</sup> MOYN, Samuel. **The Last Utopia**. 2010, p. 183.

<sup>4</sup> LEAO, Renato Zerbin. **CONARE: balanço dos 14 de anos de existência**, *op. cit.*

Urge, portanto, que para além das declarações de direitos, no plano internacional e na internalização por leis nacionais, a solução interna dos impasses vivenciados diariamente na aplicação de institutos de direitos humanos seja dada por meio da interpretação internacional. Segundo André de Carvalho Ramos,<sup>5</sup> não há sentido na interpretação local dos tratados de direitos humanos, divorciada do entendimento padronizado universalmente, sendo imprescindível que aconteça o que ele denomina de **diálogo das Cortes**, para fazer convergir o direito interno e o direito internacional. Na mesma linha, Garcia Ramirez<sup>6</sup> também sugere o aprimoramento do diálogo jurisprudencial entre as cortes envolvidas, tanto no plano horizontal como no plano vertical.

Serão abordados, nos próximos tópicos, alguns tipos de violação de direitos humanos vislumbrados nos procedimentos de solicitação de refúgio no Brasil, evidenciando o descompasso da aplicação nacional do direito dos refugiados com relação ao paradigma internacional de proteção, destacando-se cinco problemas procedimentais que configuram violação do direito internacional dos refugiados, quais sejam: as dificuldades de acesso imediato ao protocolo de solicitação de refúgio e à carteira de trabalho e previdência social; o impedimento de solicitação de refúgio por crianças e adolescentes desacompanhados ou separados, configurando dupla violação de proteção de direitos humanos, no que tange aos direitos dos refugiados e também à proteção dos direitos das crianças e adolescentes; a vedação nacional à solicitação de refúgio por **mula** de tráfico de drogas, tema em que há descompasso entre a lei doméstica e o tratado internacional; as violações de direitos humanos ocorridas na sala do conector do Aeroporto Internacional de Guarulhos; e as incongruências do procedimento de solicitação de permanência no caso dos haitianos, que por não ser admita a figura do refugiado ambiental nem do refugiado econômico, possuem direito de permanência no Brasil com fundamento em razões humanitárias.

Esses problemas, além da dissonância com a interpretação internacional no que tange à proteção dos refugiados, têm o efeito deletério de colocar os solicitantes de refúgio em situação de extrema vulnerabilidade social, suscetíveis às mais diversas formas de exploração, o que também implica violação de direitos humanos no contexto da proteção global.

---

<sup>5</sup> CARVALHO RAMOS, André de. **O Diálogo das Cortes: o caso da obrigatoriedade do diploma de jornalismo**. 2013, pp. 19-38.

<sup>6</sup> GARCIA RAMIREZ, Sergio. **The Relationship Between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): some pertinent questions**. 2014.

## 2. DIFICULDADES DE ACESSO IMEDIATO AO PROTOCOLO DE SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO E À CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Extrai-se da exegese dos artigos 26 e 27 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de Genebra de 1951), assim como do artigo 21 do Estatuto dos Refugiados (lei 9.474/97), que o acesso ao procedimento de solicitação de refúgio deve ser imediato, com consequente acesso à documentação, ainda que provisória, e a garantia de não deportação ao país de origem, consagrada pelo princípio do *non-refoulement*.

Em que pese a ausência de norma explícita no estatuto internacional e na legislação interna, o direito ao acesso imediato e universal ao procedimento decorre diretamente do direito de isonomia com relação aos nacionais, bem como do direito de liberdade de movimento, dos papéis de identidade, assim como dos direitos de situação jurídica e bem estar em geral.

Ocorre, todavia, que com o considerável aumento dos fluxos migratórios para o Brasil nos últimos anos, associado à falta de estrutura administrativa adequada para receber e processar as demandas de solicitação de refúgio, têm sido vislumbradas inúmeras dificuldades para o acesso ao respectivo procedimento e à documentação necessária para a permanência provisória regular no país enquanto não há decisão acerca da solicitação de refúgio.

A primeira dificuldade está na demora para receber o protocolo das solicitações de refúgio, documento que garante a permanência provisória válida do solicitante de refúgio em território nacional enquanto aguarda a decisão sobre o seu pedido. Em São Paulo, a demora para o agendamento do primeiro atendimento visando à solicitação de refúgio, no início de 2014, chegou a ser de sete meses, com o que os solicitantes de refúgio permaneciam longos períodos indocumentados.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> No mês de dezembro de 2013 havia, por exemplo, 474 pessoas com data agendada na Polícia Federal, entre os dias 20 de dezembro de 2013 e 2 de julho de 2014, apenas para formalizar a pretendida solicitação de refúgio e obter o respectivo protocolo. Em janeiro de 2014, esse número já aumentou para 509, sendo que o agendamento, em 08 de janeiro de 2014, já estava sendo feito apenas para o dia 18 de julho de 2014, segundo informações constantes do procedimento de assistência jurídica nº 2013/020-10601 da Defensoria Pública da União em São Paulo.



Diante desse cenário, em resposta às demandas provenientes da sociedade civil, consagradas em recomendação da Defensoria Pública da União, foi explicitado o direito de acesso imediato ao protocolo por meio da edição da Resolução Normativa CONARE nº 18, de 30/04/2014. De acordo com o artigo 1º, parágrafo único, e artigo 2º, caput, da referida regulamentação, está consagrado o direito de acesso universal, independentemente de demonstração prévia dos requisitos da lei, e emissão imediata do protocolo de refúgio.

Com efeito, a demora da entrega do protocolo não tolhe o solicitante de refúgio apenas de seu direito de possuir o documento de permanência válida no país, mas também de realizar atividades laborativas, as quais são imprescindíveis para a subsistência do estrangeiro que chega ao país desamparado e, na maioria das vezes, desprovido que qualquer recurso financeiro, ensejando inevitável marginalização e vulnerabilidade social.

A dificuldade de acesso ao procedimento e ao protocolo decorre da sistemática de atendimento às solicitações de refúgio no Departamento da Polícia Federal, a qual, ao invés de funcionar como mero órgão de intermediação e formalização dos pedidos de refúgio, exerce, ainda, uma espécie de controle prévio das solicitações de refúgio, dentro do que entende se enquadrar na sua função de polícia de imigração. Com isso, o número de atendimentos diários para formalização da solicitação de refúgio é mais restrito do que poderia ser, ensejando demanda reprimida e consequente demora na emissão do protocolo.

Nesse sentido, o Departamento da Polícia Federal realiza a oitiva prévia do solicitante de refúgio, sendo posteriormente realizada entrevista pelo CONARE. Ocorre, todavia, que a prévia oitiva perante um agente da Polícia Federal demanda um considerável lapso temporal, constituindo, assim, como a causa predominante da morosidade da entrega dos protocolos aos solicitantes de refúgio e do crescente atraso nos agendamentos para essa finalidade. No entanto, a oitiva na Polícia Federal, no momento da solicitação de refúgio, é desnecessária, uma vez que o procedimento de refúgio prevê posterior etapa específica de entrevista pessoal, realizada pelo CONARE, por profissionais especializados, na qual o solicitante narra os motivos que ensejam seu pedido de refúgio. Por conseguinte, a oitiva prévia na Polícia Federal constitui-se, dessa forma, como um ato realizado em duplicidade e por profissionais não qualificados para tratar com a temática do direito internacional dos refugiados, porquanto não capacitados para atender a população específica de solicitantes de refúgio, com conhecimento e sensibilidade humanitária quanto às mais variadas situações de conflitos internacionais e aos casos particulares de perseguição política, religiosa e racial, a despeito do artigo 20 da lei 9.474/97.

Entretanto, não obstante o avanço na regulamentação interna, fruto das demandas dos atores sociais envolvidos na causa da proteção dos refugiados, acatando parcialmente a recomendação da Defensoria Pública da União, no sentido de explicitar o direito ao acesso imediato ao procedimento, a referida Resolução Normativa CONARE nº 18, de 30/04/2014, por outro lado, consagrou, em seu artigo 2º, § 1º, que é a Polícia Federal a autoridade a quem compete a realização da oitiva do solicitante de refúgio, ainda que tal oitiva possa ser diferida e até mesmo dispensada, em alguns casos.

A solução viabilizada por meio dessa nova regulamentação, se por um lado tem o efeito de garantir maior agilidade no acesso ao procedimento de solicitação de refúgio no curto prazo, por outro lado confere ao Departamento da Polícia Federal um poder ainda maior quanto à seleção de solicitantes de refúgio no Brasil. Com efeito, de acordo com o artigo 2º, § 1º, I, a autoridade policial poderá, conforme a sua conveniência, dispensar a oitiva do solicitante de refúgio ou considerá-la necessária, discricionariamente. Não há qualquer normatização que oriente, objetivamente, qual a situação em que a oitiva do solicitante de refúgio pela autoridade policial seria necessária ou dispensável, o que amplia sobremaneira o poder do órgão na filtragem ilegal dos casos que serão ou não encaminhados ao CONARE como procedimento de solicitação de refúgio, garantindo a permanência temporária no país. Além do mais, a nova sistemática induz, ainda, ao acesso ao procedimento apenas de acordo com requisitos objetivos do país de origem, afastando cada vez mais a necessidade de análise das condições subjetivas que levaram determinada pessoa a solicitar refúgio.

Não obstante o risco de arbitrariedade e decisões motivadas pelos mais diversos preconceitos de origem na escolha de quais solicitantes de refúgio terão de se submeter à oitiva da Polícia Federal, como é o caso do preconceito com nigerianos, presumidamente tratados como **traficantes**, em que pese a clara violação de direitos humanos vivenciada naquele país em decorrência da ação de grupos fundamentalistas como o *Boko Haram*, cumpre reconhecer que essa oitiva pela autoridade policial continua ensejando duplicidade – e consequente desgaste psicológico ao solicitante de refúgio, que se vê obrigado a recontar e reviver a sua experiência de temor de perseguição – com relação à entrevista necessariamente levada a cabo pelo oficial de elegibilidade do CONARE, o qual seguramente é melhor qualificado para lidar com a temática da proteção internacional dos refugiados do que a autoridade policial, sendo esta naturalmente mais preocupada com a persecução criminal.

Com a emissão do protocolo de refúgio, garantindo a permanência válida do estrangeiro em território nacional e, portanto, a expedição de Carteira de Trabalho e Previdência

Social – CTPS, para o exercício de trabalho formal, o solicitante de refúgio encontra outro obstáculo ao exercício dos seus direitos sociais, vendo-se compelido a enfrentar mais uma fila para obtenção da sua CTPS. Em que pese o protocolo de refúgio garantir o acesso à CTPS, fato é que, para os estrangeiros, o atendimento para a expedição do documento no Ministério do Trabalho e Emprego tem demorado cerca de dois meses. A dificuldade de acesso a tal documento contraria, pois, Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no que diz respeito ao direito ao trabalho e à previdência social, consagrado em seu artigo 24.

Com efeito, a demora para obtenção do documento decorre diretamente da normatização para a expedição de CTPS do Ministério do Trabalho e Emprego,<sup>8</sup> que confere tratamento diferenciado entre brasileiros e estrangeiros no que diz respeito à expedição de CTPS, uma vez que prevê a exclusividade das Delegacias Regionais de Trabalho (DRTs) para expedição de CTPS para estrangeiro, impedindo que os imigrantes tenham suas CTPS expedidas em agências do Poupa Tempo ou Sindicatos, como é facultado aos brasileiros, nos termos da portaria MTE nº 369/2013, que regulamenta o Acordo de Cooperação Técnica entre as unidades regionais do MTE e as entidades da administração pública direta e indireta dos entes federados para a descentralização da emissão de CTPS apenas a cidadãos brasileiros.

No entanto, a centralização do serviço nas DRTs tem gerado filas injustificáveis de mais de dois meses para obtenção do documento,<sup>9</sup> sendo certo que a demora na expedição da CTPS coloca o estrangeiro em condição de extrema vulnerabilidade social pelo período no qual fica indocumentado, expondo-o a inúmeras formas de exploração, como a regimes de trabalho análogos à escravidão e ao tráfico de pessoas.

Trata-se de inequívoca violação às normas de proteção internacional dos direitos humanos e de proteção internacional dos refugiados, em especial os artigos 17 e 24 da Convenção

---

<sup>8</sup> Portaria nº 01/97, recentemente alterada, no que diz respeito à emissão de CTPS para estrangeiros, pela Portaria nº 4/2015. Posteriormente, a Portaria nº 275/2015 descentralizou temporariamente, pelo prazo de 180 dias, o serviço de expedição de CTPS para a Prefeitura Municipal de São Paulo, apenas para cidadãos de nacionalidade haitiana ou senegalesa, reforçando a discriminação, desta vez entre os próprios estrangeiros.

<sup>9</sup> Conforme informações prestadas pelas ONGs que lidam com causas de migrações e refúgio, como Cáritas, Missão Paz e Conectas, constantes do procedimento de assistência jurídica da Defensoria Pública da União nº 2013/020-12478, no bojo do qual já foi expedida recomendação e, ante a ausência de solução na via extrajudicial, foi ajuizada a Ação Civil Pública nº 0005424-12.2015.4.03.6100, promovida por atuação conjunta entre a Defensoria Pública da União e o Ministério Público Federal, em tramitação na 21ª Vara Federal Cível de São Paulo.

Relativa ao Estatuto dos Refugiados, além de desrespeito ao princípio da isonomia entre brasileiros e estrangeiros previsto no artigo 5º *caput* da Constituição Federal, já que a CTPS é documento essencial para a concretização do direito social fundamental ao trabalho, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, que garante o acesso a uma série de direitos trabalhistas, assistenciais e previdenciários, como o seguro-desemprego, a aposentadoria e o FGTS.

### **3. IMPEDIMENTO DE SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO POR ADOLESCENTES DESACOMPANHADOS OU SEPARADOS**

Uma das dificuldades burocráticas mais incoerentes verificadas no procedimento de solicitação de refúgio no Brasil – também divorciada da proteção internacional dos direitos humanos – diz respeito à impossibilidade de formalização do pedido por crianças e adolescentes desacompanhados ou separados.

Com o crescimento do fluxo de migrantes buscando refúgio no país, tem sido recorrente a demanda de refúgio por parte de crianças e adolescentes que migram para o Brasil acompanhados de adultos que não são seus representantes legais, ou até mesmo desacompanhados.

Entretanto, em que pese a evidente necessidade de proteção – tanto pelo refúgio quanto pela incapacidade – não é franqueado o acesso ao procedimento de solicitação de refúgio a essas pessoas, sob a alegação de que tal ato não pode ser exercido por aqueles que não possuem capacidade plena, à luz das disposições do Código Civil. Para que adolescentes possam alcançar a estatura de solicitantes de refúgio, e com isso obter documentação apta ao exercício de trabalho formal, é necessária, de acordo com os procedimentos atualmente vigentes, decisão em ação de guarda perante o Juízo Estadual de Família ou, no caso de adolescentes desacompanhados, suprimimento judicial do Juízo da Vara de Infância e Juventude.

O procedimento vigente, no entanto, haja vista a demora da tramitação dos feitos na Justiça Estadual para obtenção da decisão que permite o acesso à solicitação de refúgio, não se coaduna com o princípio da proteção inerente ao instituto do refúgio à proteção integral das crianças e dos adolescentes.

Com isso, sem acesso ao procedimento de solicitação de refúgio, a criança ou o adolescente permanece indocumentado no país, tolhido do exercício de seus direitos fundamentais e sociais, como educação e trabalho, e assim relegado à marginalidade e à vulnerabilidade social. Impedido de exercer um trabalho digno e formal – lembrando que no Brasil o trabalho é permitido a partir dos 16 anos de idade ou, na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos de idade – o adolescente fica ainda mais vulnerável à exploração do trabalho de forma precária, muitas vezes sujeitando-se ao trabalho em condições de escravidão e até mesmo à exploração sexual.

A exigência de prévia regularização da guarda ou do suprimento judicial como requisito para a formalização da solicitação de refúgio configura, pois, inequívoca mitigação do instituto do refúgio sob seu viés protetivo, contrariando até a essência do princípio do *non-refoulement* – o qual, se por um lado determina a não devolução do solicitante de refúgio, *a contrario sensu* também impõe o reconhecimento da validade da permanência temporária do solicitante no país, para o exercício de direitos fundamentais e sociais enquanto não é apreciado o seu pedido de refúgio pelas autoridades competentes. É dizer, sem acesso ao procedimento de solicitação de refúgio, com a respectiva entrega do protocolo, não está sendo devidamente resguardado o princípio do *non-refoulement*.

Ressalte-se que a concessão do protocolo de refúgio à criança ou ao adolescente desacompanhado ou separado não impede a busca da devida regularização de guarda ou o desencadeamento de procedimentos de reunião familiar perante o Juízo da Infância e Juventude. Ao contrário, uma vez documentados, crianças e adolescentes podem ter resguardado o acesso imediato a serviços públicos, como saúde e educação, além de ter acesso à carteira de trabalho, para o devido registro de sua atividade laborativa. O dever de maior proteção a crianças e adolescentes não pode servir de fundamento para negar a proteção integral e imediata a essas pessoas, principalmente quando estão em maior situação de vulnerabilidade, refugiadas, e ainda desacompanhadas ou separadas de seus familiares.

A justificativa apresentada pelas autoridades brasileiras para não permitir a concessão do protocolo de refúgio diretamente a crianças e adolescentes é a da prevenção ao tráfico de pessoas. Certamente, ao Juízo de Família (no caso de crianças separadas) ou ao Juízo da Infância e Juventude (no caso de crianças desacompanhadas) competirá a análise meticulosa da situação daquela criança ou adolescente, de modo a evitar que eventual guarda ou adoção implique verdadeira concretização de tráfico de pessoas. No caso de crianças e adolescentes refugiados, pois, o processo de guarda ou suprimento judicial ganha

contornos ainda mais complexos do que em comparação com os mesmos procedimentos em relação a nacionais, podendo envolver reunião familiar ou repatriação até mesmo fora do país. Assim, além da demora normal de tramitação desses procedimentos na Justiça Estadual, tem-se que, em se tratando de crianças ou adolescentes refugiados, essa demora é ainda maior, sendo certo que, na maioria dos casos, a solicitação de refúgio acaba sendo feita pelo próprio indivíduo ao alcançar a maioridade.

A celeuma já foi objeto de ações judiciais para tutela de direitos individuais por parte da Defensoria Pública da União, mas o Poder Judiciário local ainda não tem se mostrado sensível a essa nova realidade social de necessidade de maior proteção a crianças e adolescentes solicitantes de refúgio.<sup>10</sup>

Fato é que crianças e adolescentes podem ter sido traficadas. Algumas, segundo Goodwin-Gill,<sup>11</sup> são levadas a força para países de asilo, outras são raptadas de campos de refugiados e assentamentos, por exemplo, para trabalhar em operações militares, e outras são alvo de adoção ilegal, mas a maior necessidade é a proteção das crianças contra outras formas de abdução. Se um adolescente chegar sozinho no Brasil, ou acompanhado de suposto familiar, por maior que seja a suspeita de tráfico – e essa suspeita deve ser levada a sério nos procedimentos de guarda do Juízo de Família – a garantia do melhor interesse da criança impõe o seu acesso imediato ao protocolo de solicitação de refúgio, por si próprio, independentemente do desfecho do processo da Justiça Estadual, para que possa permanecer documentado no país e, assim, ter acesso a direitos fundamentais e sociais básicos. A sua documentação, ao contrário de fomentar eventual situação de tráfico, pode ter o condão de preveni-lo.

Nesse sentido, cumpre destacar a recente Opinião Consultiva nº 21, de 19 de Agosto de 2014, expedida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, respondendo a solicitação de diversos países, dentre os quais o Brasil, a fim de esclarecer quais são as medidas passíveis de serem adotados em relação às crianças e aos adolescentes migrantes, tendo em vista compromisso especial que os Estados devem ter com a crescente massa de meninos, meninas e adolescentes que migram de forma desacompanhada ou separada de seus pais ou representantes legais.

---

<sup>10</sup> Individualmente, a Defensoria Pública da União impetrou mandados de segurança (a exemplo do processo nº 0021813-09.2014.4.03.6100, cuja liminar foi indeferida) e está atuando na tutela coletiva desse grupo social vulnerável por meio do procedimento de assistência jurídica nº 2014/020-12179, ainda em fase de tentativa de solução extrajudicial.

<sup>11</sup> GOODWIN-GILL, Guy S. **The refugee in international law**, op. cit., p. 261.

Em referido parecer restou evidente para a Corte Interamericana de Direitos Humanos que:

(...) as crianças migrantes e, em particular aqueles em situação migratória irregular que se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade, requerem do Estado receptor uma atuação especificamente orientada à proteção prioritária de seus direitos, que deve ser definida segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto, isto é, se se encontram com sua família, separados ou desacompanhados, e atendendo o seu interesse superior. Para tanto, os Estados, em cumprimento de suas obrigações internacionais na matéria, devem elaborar e incorporar em seu ordenamento interno um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem ordenadas e aplicadas enquanto se desenvolvem os processos migratórios, visando, de forma prioritária, à proteção integral dos direitos da criança, de acordo com as características descritas, com estrito respeito de seus direitos humanos e ao princípio de legalidade.

Considerando a realidade atual, em que cada vez mais crianças e adolescentes migram independentemente de seus pais, percebe-se que não é possível combinar a maior proteção devida às pessoas em situação de vulnerabilidade e o dever de proteção integral aos direitos das crianças e dos adolescentes com a exigência brasileira, que implica obstaculização ilícita ao acesso imediato ao procedimento de solicitação de refúgio.

Além disso, importante consignar que a referida opinião consultiva também estabeleceu que compete aos Estados receptores de crianças e adolescentes migrantes não apenas prestações de caráter negativo como, por exemplo, a obrigação primária consagrada pelo princípio da *non-refoulement*, de não devolver o indivíduo para o país de origem ou para a sua fronteira, mas também prestações de caráter impositivo, visando, assim, satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos desses indivíduos.

Nota-se que o Estado brasileiro buscou na Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete máxima da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – tratado internacional com caráter de norma supralegal, em decorrência da decisão exarada no RE 466.343 – uma diretriz acerca de como deve o Estado agir em relação às crianças e adolescentes em situação de migração, sendo certo que a resposta obtida demonstra o claro dever do país em seguir um viés protetivo de tal grupo, em detrimento de medidas que possam obstar o exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Conclui-se, portanto, que mais uma vez a interpretação conferida pelas autoridades brasileiras no que diz respeito ao desencadeamento do procedimento de refúgio no Brasil não encontra respaldo nas normas de proteção internacional dos direitos humanos, além de ignorar a complexidade dessa realidade social que se descortina no país. Em especial no

que diz respeito aos direitos de adolescentes migrantes desacompanhados ou separados, a postura de não aceitar a formalização do pedido de refúgio independentemente de ação de guarda ou suprimento judicial, não encontra qualquer respaldo no respectivo tratado internacional, nem na legislação interna acerca do instituto do refúgio. Não há, pois, qualquer norma legal que imponha o requisito da capacidade civil plena como condição de acesso ao referido instituto de proteção de direitos humanos.

#### **4. SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO POR “MULA” DE TRÁFICO DE DROGAS: O DESCOMPASSO ENTRE A LEI DOMÉSTICA E O TRATADO INTERNACIONAL**

Considerando que a fuga do país de origem em razão de perseguição com o objetivo de solicitar refúgio em outro país envolve considerável dispêndio de recursos financeiros, com custeio de passagem, alojamento e alimentação, não é incomum que pessoas em situação de extrema pobreza financiem essa viagem mediante a aceitação de serviços de transporte de drogas, na condição do que se costuma denominar **mula** do tráfico de drogas.

Entretanto, a lei 9.474/97, em seu artigo 3º, III, exclui expressamente do benefício da condição de refugiado o indivíduo que tenha participado de tráfico de drogas.

Com isso, além de não ter o direito de permanência no país após o cumprimento da pena criminal, na condição de refugiado, o estrangeiro ainda sofrerá penalidade administrativa de expulsão ao país de onde fugiu em decorrência da perseguição que motivou o seu deslocamento, por força do artigo 65 da lei 8.615/80 (Estatuto do Estrangeiro), não sendo beneficiado pela vedação à expulsão prevista nos artigos 36 e 37 da lei 9.474/97.

Ocorre, todavia, que tal vedação, especificamente no que diz respeito às **mulas** do tráfico de drogas, não encontra respaldo na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Com efeito, o artigo 1º, F, do tratado internacional, prevê a não aplicação do estatuto as pessoas: (a) Que cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a Humanidade, segundo o significado dos instrumentos internacionais elaborados para prever disposições relativas a esses crimes; (b) Que cometeram um grave crime de direito comum fora do país que deu guarida, antes de neste serem aceites como refugiados; (c) Que praticaram actos contrários aos objectivos e princípios das Nações Unidas.

O escopo do artigo é a exclusão do artigo 1F(a) apenas e tão somente de quem tenha



cometido crime contra a paz, crime de guerra ou crime contra a humanidade, que por sua vez um padrão de prova mais elementar e não um balanço de probabilidades para ser caracterizado como tal<sup>12</sup>. Sendo assim, é preciso que a lei o classifique como tal, não sendo suficiente a ilação do intérprete no sentido de que determinado ato poderia ser caracterizado como crime contra a paz, crime de guerra ou crime contra a humanidade.

A hipótese do cometimento de crime de tráfico de drogas não está elencada no rol de exclusão do benefício previsto na referida Convenção. Não há qualquer dispositivo na lei que o considere um crime de guerra, contra a paz ou contra a humanidade, não havendo, portanto, qualquer justificativa de sua exclusão do estatuto do refugiado, nos termos da Convenção. E, ainda que se considere o tráfico de drogas um crime grave, cumpre ressaltar na mesma gravidade não se enquadram aqueles que praticaram o crime na condição de **mulas** - ou seja, agentes primários do crime, de bons antecedentes, que não se dedicam às atividades criminosas nem integram organização criminosa. Considerando o menor potencial ofensivo da prática do crime nessas condições, a própria lei 11.343/2006 prevê uma causa de diminuição de pena de um sexto a dois terços, nos termos do artigo 33, § 4º, sendo possível inclusive a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A exclusão do artigo 1F(b), por sua vez, guarda relação com a ressalva da possibilidade de extradição daqueles que cometeram crime em outro país e fogem da respectiva persecução criminal, o que tampouco se aplica às **mulas** de tráfico de drogas cujo crime é praticado em no Brasil. Já o artigo 1F(c), que prevê a exclusão daqueles que praticaram atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas, diz respeito àqueles que participaram de qualquer organização buscando a derrubada, pela luta armada, de um governo membro das Nações Unidas,<sup>13</sup> o que tampouco se refere ao crime de tráfico de drogas.

Sendo assim, a efetiva proteção internacional dos refugiados, levando em consideração a realidade social de solicitantes de refúgio provenientes de países muito pobres, envolve a possibilidade da concessão de refúgio àqueles que praticaram crime de tráfico de drogas na condição de **mulas**, como único meio de fuga de seu país de origem, sem prejuízo da respectiva responsabilização criminal, por não estar essa hipótese vedada no respectivo tratado internacional, de estatura supralegal e portanto hierarquicamente superior à lei 9.474/97.

---

<sup>12</sup> GOODWIN-GILL, Guy S. **The refugee in international law**, op. cit., p. 97.

<sup>13</sup> GOODWIN-GILL, Guy S. **The refugee in international law**, op. cit., p. 108.

## 5. A SALA DO CONECTOR DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS: DETENÇÕES ARBITRÁRIAS E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT*

Há alguns anos tem chamado cada vez mais a atenção o que talvez seja hoje uma das mais graves violações ao direito internacional dos refugiados, consubstanciada nas detenções arbitrárias e deportações sumárias ocorridas diretamente da sala do conector do Aeroporto Internacional de Guarulhos, zona de fronteira primária, em sem qualquer observância ao princípio do *non-refoulement* e às normas básicas de proteção geral dos direitos humanos.

Trata-se de mais uma falha procedimental de falta de acesso ao procedimento de refúgio, neste caso por parte de migrantes que ingressam no Brasil sem o respectivo visto e que, apesar da manifestação do interesse de solicitar refúgio no país, não têm acesso ao procedimento de solicitação de refúgio, permanecendo detidos arbitrariamente numa sala, aguardando o próximo voo para embarcar de volta ao país de origem, de onde escaparam da perseguição que motivou o deslocamento.

A negativa das autoridades brasileiras de acesso ao procedimento de refúgio desconsidera a norma do artigo 33, da Convenção de 1951, que prevê a proibição de expulsão e de rechaço, e do artigo 8º, da lei 9.474/97, que prevê que o ingresso irregular não constitui impedimento à solicitação de refúgio. A postura implica, pois, inequívoca violação ao princípio do *non-refoulement*, uma vez que o estrangeiro, sem acesso ao refúgio, será deportado sumariamente ao país onde sofre a perseguição, muitas vezes com risco à própria vida.

Não bastasse a evidente violação ao direito internacional dos refugiados quando da efetivação da deportação sem permitir o acesso ao procedimento de refúgio, outras violações a direitos humanos, em especial no que diz respeito à dignidade humana, à liberdade e à saúde ocorrem enquanto o migrante permanece detido nessa sala do conector. Isso porque a referida sala não configura, propriamente, um abrigo temporário de migrantes, não possuindo local para dormir, para higiene pessoal, nem alimentação adequada. E, não raro, a companhia aérea responsável por embarcar o estrangeiro ao seu país de origem não possui voos disponíveis por vários dias, o que agrava ainda mais a situação da detenção arbitrária. Apenas para ilustrar um dos casos emblemáticos ocorridos em 2014, uma cidadã eritreia, grávida de 7 meses, permaneceu detida na sala do conector por duas

semanas, sem acesso à alimentação e ao abrigo adequados, em claro detrimento da saúde física e psíquica, sua e do feto, para posteriormente ser deportada ao país de origem, em que pese tenha manifestado seu desejo de solicitar refúgio no país. Outros casos, de nacionais de Bangladesh, Gana, Nigéria, Camarões, entre outros, seguiram a mesma sorte, tendo sido impedidos pela autoridade policial de solicitar o refúgio, apesar de terem manifestado essa intenção, ante a desconfiança prévia e injustificada que se deposita em relação a nacionais de determinados países, o que configura além de claro abuso de autoridade verdadeira discriminação racial e preconceito de origem.

O problema já havia sido levantado por André de Carvalho Ramos<sup>14</sup>, ao considerar que o agente de imigração, nessa situação, figura como substituto ilegal do CONARE, a quem cabe a análise e eventual indeferimento dos pedidos de refúgio, sendo essa uma atuação *ultra vires* dos agentes federais.

Essa grave violação de direitos humanos que tem ocorrido reiteradamente na sala do conector do Aeroporto Internacional de Guarulhos pode ser objeto, inclusive, de responsabilização internacional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a exemplo do precedente do caso Família Pacheco Tineo *vs.* Bolívia, em que o país foi responsabilizado pela violação de direitos às garantias judiciais, à solicitação de refúgio e à garantia de não-devolução, consagrados nos artigos 8, 22.7 e 22.8 da Convenção Americana, além de outras violações a direitos humanos decorrentes da obstaculização de acesso ao refúgio, como direito à família, à integridade física e psicológica e à saúde. Exatamente o mesmo precedente pode ser invocado em todos os casos de detenções arbitrárias, negativa de acesso ao procedimento de refúgio e devolução do migrante ao país de origem, nos casos que envolvem a sala do conector do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

No intuito de solucionar esse problema de violação de direitos humanos, em especial dos solicitantes de refúgio, foi recentemente firmado Acordo de Cooperação Técnica entre a Defensoria Pública da União, o Ministério Público Federal, a Secretaria Nacional de Justiça, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e a Secretaria de Desenvolvimento e Assistência Social da Prefeitura de Guarulhos em 28 de janeiro de 2015.

---

<sup>14</sup> CARVALHO RAMOS, André. **O princípio do *non-refoulement* no direito dos refugiados: do ingresso à extradição.** Op. cit, 2010, p. 359.

## 6. INCONGRUÊNCIAS DO PROCEDIMENTO DO “REFÚGIO-TRANSFORMAÇÃO”: O CASO DOS HAITIANOS

Por fim, mais um exemplo das incongruências ocorridas no Brasil no que diz respeito ao procedimento de refúgio é a forma como tem se processado a chamada permanência por razões humanitárias nos casos dos migrantes haitianos, que têm acesso ao procedimento especial de refúgio (que no protocolo consta como **refúgio-transformação**), que na realidade já se sabe de antemão que não implicará no reconhecimento da condição de refugiado, mas no direito à permanência por parte do Conselho Nacional de Imigração – CNIg. Trata-se de uma alternativa vislumbrada pelo Brasil para dar acolhida a esse grupo social vulnerável sem, com isso, reconhecer o direito do chamado refugiado ambiental ou do refugiado econômico.

Desde o terremoto que assolou a capital do Haiti em 12 de janeiro de 2010, a migração de haitianos para o Brasil foi intensificada. Essa migração de haitianos, que via de regra, hoje, não guarda mais qualquer relação com o terremoto, é a rigor uma migração econômica, não propriamente ambiental. No entanto, como o país demonstrou predisposição política para o acolhimento dessa população migrante, com fundamentação na catástrofe ambiental, estabeleceu-se uma rota (custosa e dificultosa, diga-se de passagem, privilegiando a vinda de homens em detrimento de mulheres, crianças, idosos e deficientes) de migração de haitianos para o Brasil, com ingresso principalmente via estado do Acre, em busca de trabalho no Sudeste (em especial em São Paulo) e no Sul do país.

Pois bem. A permanência concedida aos haitianos tem fundamento em razões humanitárias, ainda não prevista em lei (haja vista o escopo do defasado Estatuto do Estrangeiro, objeto da lei 8.615, ainda vigente), em que pese tal hipótese de regularização migratória ter sido sugerida pela Comissão de Especialistas no Anteprojeto do Novo Estatuto do Estrangeiro apresentado em meados de 2014.

No caso, a hipótese encontra fundamento normativo na Resolução Normativa nº 97, de 12/01/2012, alterada pela Resolução Normativa nº 102, de 26/04/2013, do CNIg, órgão colegiado que já decidia sobre situações especiais e casos omissos referentes a regularização migratória, nos termos da Resolução Normativa nº 27, de 25/11/1998, do CNIg.

Ocorre, todavia, que o pedido de permanência perante o CNIg, via de regra, não conta

com um procedimento acessado por meio do Departamento da Polícia Federal (como acontece em todas as hipóteses de regularização migratória previstas em lei), com o que o solicitante de permanência não tem acesso ao respectivo protocolo, que lhe garante a permanência temporária válida no país enquanto não há decisão sobre o seu pedido.

Como no caso dos haitianos a permanência seria deferida, o procedimento adotado para migrantes dessa nacionalidade foi diferente, tendo sido franqueado o acesso ao procedimento de solicitação de refúgio – garantindo assim a obtenção do protocolo e consequente acesso a todos os outros documentos brasileiros, como carteira de trabalho – o qual seria remetido automaticamente para o CNIg, para ser transformado em procedimento de permanência por razões humanitárias, já que o instituto do refúgio não reconhece a figura do migrante ambiental ou econômico como beneficiário de asilo.

A opção pelo reconhecimento do direito de permanência dos haitianos no Brasil, por razões humanitárias, apesar de ser um avanço para a proteção dos migrantes econômicos (ou ambientais), lamentavelmente deixou à margem outros migrantes em condições idênticas, como os dominicanos, sem acesso ao refúgio (no caso, ao **refúgio-transformação** dos haitianos), nem à permanência por razões humanitárias.

Com o protocolo de permanência em mãos, o haitiano solicitante de refúgio-transformação tem a falsa impressão de que deverá retornar ao Departamento de Polícia Federal pouco antes da data de validade constante de seu protocolo (que antes da Resolução CONARE nº 18/2014 contava com prazo de seis meses, passando depois da referida resolução para um ano), para renovação. No entanto, em muitos casos, o deferimento do pedido de permanência é publicado em Diário Oficial da União, sem que o migrante tenha tido ciência pessoal, com prazo de 90 dias para registro a partir da publicação, e mais 90 dias para republicação, nos termos do artigo 73, decreto nº 86.715/1981, que regulamenta a lei nº 6.815/80, e o artigo 2º da Portaria nº 3 de 2009, do Ministério da Justiça.

Passado esse prazo, o migrante fica impedido de realizar o registro e, ao comparecer à Polícia Federal por qualquer motivo (seja para renovar o protocolo ou pedir informações sobre o seu pedido de permanência), tem o documento retido e permanece indocumentado, sendo autuado e multado por estada irregular. Na maioria dos casos, no entanto, o migrante não é deportado, justamente porque sua permanência tinha fundamento em razões humanitárias, não sendo, pois, humanitário deportá-lo para o Haiti.

Com isso, a retenção do seu protocolo de refúgio-transformação impede a concretização

do ato deferitório de residência permanente da impetrante no Brasil, em que pese já ter sido reconhecido o seu direito de permanência por razões humanitárias, sendo absolutamente desarrazoado exigir que o migrante, que tem visto de permanência por razões humanitárias, perca essa concessão, apenas porque não efetivou o registro de estrangeiro no prazo legal.

Primeiramente, cumpre salientar que se o migrante não teve ciência pessoal da decisão que deferiu a sua permanência, publicado apenas em Diário Oficial da União, não pode ser computado validamente o prazo de 90 dias para efetivação do registro, sob pena de afronta ao princípio da publicidade da Administração Pública.

Ademais, se a permanência em território brasileiro é deferida com base em razões humanitárias, forçoso reconhecer que o Estado brasileiro reconheceu a existência de situação de gravidade tal no Haiti que impede a permanência do indivíduo naquele país com dignidade, com o que não faz sentido impedir o seu registro – apesar da perda do prazo de 90 dias para tanto – mantendo-o indocumentado no Brasil, entregues à marginalidade, à vulnerabilidade social e sujeitos à exploração do trabalho informal, aumentando o risco de precarização.

Sendo assim, o procedimento atual nessas hipóteses de perda do prazo do registro de haitianos que tiveram a permanência deferida por razões humanitárias, de retenção da documentação provisória e impedimento de registro, relega o migrante a um limbo jurídico, já que ele não tem acesso à expedição de seus documentos definitivos, bem como não pode retornar ao seu país de origem, em razão da questão humanitária envolvida – o que não passa de verdadeiro contrassenso jurídico, desarrazoado e desproporcional.

Essa é mais uma questão que tem sido recorrentemente ajuizada pela Defensoria Pública da União, na maioria dos casos com concessão de medida liminar determinando o imediato processamento do registro e a emissão da carteira de identidade do estrangeiro<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> A exemplo dos processos judiciais nº 0013599-29.2014.4.03.6100, 0002972-63.2014.403.6100, 0021367-06.2014.4.03.6100, 0010506-58.2014.4.03.6100, entre outros, movidos pela Defensoria Pública da União, que contaram com decisões favoráveis.

## 7. CONCLUSÕES

Apesar de a lei 9.474/97 ser considerada teoricamente progressista em relação à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, porque traz a previsão da grave e generalizada violação de direitos humanos, identificam-se graves violações a direitos humanos nos procedimentos nacionais de solicitação de refúgio, colocando os migrantes em situação de extrema vulnerabilidade social.

O primeiro óbice à consecução dos direitos dos refugiados diz respeito à dificuldade e à demora de acesso imediato ao procedimento de solicitação de refúgio, com a consequente emissão do protocolo, que garante ao solicitante o direito de permanência temporária válida no Brasil e, por conseguinte, o exercício de direitos fundamentais e sociais, em especial o direito ao trabalho formal.

Mesmo após o já dificultoso acesso ao procedimento, o migrante encontra óbices burocráticos no que diz respeito à expedição de sua carteira de trabalho e previdência social, uma vez que há injustificável discriminação na expedição do documento para estrangeiros no país.

Outro ponto que merece especial atenção no debate acerca da proteção internacional dos refugiados diz respeito ao direito de crianças e adolescentes desacompanhados ou separados, que são impedidos de ter acesso ao procedimento de solicitação de refúgio por si sós, uma vez que as autoridades brasileiras entendem necessária a regularização definitiva do guarda ou o suprimento judicial como condição de acesso ao pedido de refúgio. Com isso, crianças e adolescentes refugiados, que mereciam maior proteção ainda do Estado, no entanto, permanecem longos períodos indocumentados, suscetíveis a diversas formas de exploração em decorrência da falta de regularização migratória.

A lei brasileira também impede a solicitação de refúgio por “mula” de tráfico de drogas, o que configura um descompasso com relação ao tratado internacional, que não traz essa restrição. Assim, muitas pessoas, em especial aquelas mais pobres, que encontram no transporte de drogas a única alternativa para fugirem da perseguição sofrida em seu país de origem, já que não possuem condições financeiras para arcar com a viagem, não têm acesso ao benefício do refúgio, apesar de não serem primários e não terem cometido qualquer crime contra a paz, a humanidade ou crime de guerra.

As detenções arbitrárias e deportações sumárias ocorridas na sala do conector do

Aeroporto Internacional de Guarulhos também configuram verdadeira afronta ao direito internacional dos refugiados, conforme já reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso da Família Pacheco Tineo *vs.* Bolívia. A negativa de acesso ao procedimento de solicitação de refúgio implica violação ao princípio do *non-refoulement*, sem embargo das demais violações de direitos humanos decorrentes da detenção arbitrária em espaço que não conta com instalação adequada ao abrigo de pessoas, em detrimento da saúde e da dignidade humana.

Por fim, em que pese o não reconhecimento da condição de refugiado a migrantes ambientais e econômicos, mas, por outro lado, ante a sensibilização do Estado brasileiro quanto ao direito de permanência de haitianos por razões humanitárias, é preciso que os procedimentos burocráticos de expedição de documentação pelas autoridades brasileiras nesses casos sejam coerentes com a decisão política de acolhimento. Nesse sentido, é completamente injustificável que um beneficiário do visto de permanência por razões humanitárias, não tendo tido a ciência pessoal quanto ao deferimento do seu pedido, fique impedido de efetivar o registro nacional de estrangeiro e obter a carteira de identificação de estrangeiro pelo simples fato de ter transcorrido o prazo improrrogável de 180 dias a partir da publicação do deferimento no Diário Oficial da União.

A efetiva proteção internacional dos direitos humanos impõe que sejam sanados entraves migratórios, com inequívoca diminuição do empoderamento das pessoas e consequente violação de direitos.

Para tanto, conforme sugere André de Carvalho Ramos<sup>16</sup>, é preciso avançar na proteção dos direitos humanos para além das declarações de direitos, aumentando o diálogo entre as Cortes nacionais e internacionais e consolidando o duplo controle, de constitucionalidade (nacional) e de convencionalidade (internacional), para que o indivíduo passe a ter acesso a uma interpretação contramajoritária a seu favor, ampliando assim a efetivação dos direitos humanos a partir do direito internacional.

No que diz respeito aos direitos dos refugiados, os problemas acima apontados, que dificultam o acesso ao procedimento de solicitação de refúgio e, por conseguinte, tornam os migrantes indivíduos indocumentados e tolhidos do exercício de direitos fundamentais e sociais, precisam ser levados aos tribunais internacionais, para que a interpretação dos direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos não seja doméstica ou casuística, em detrimento dos compromissos que o Brasil ostenta ter assumido internacionalmente.

---

<sup>16</sup> **Processo Internacional de direitos humanos.** Op., cit, 2013.



## REFERÊNCIAS

CARVALHO RAMOS, André. **O Diálogo das Cortes: o caso da obrigatoriedade do diploma de jornalismo**. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. STF e os direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 19-38.

\_\_\_\_\_. **O princípio do *non-refoulement* no direito dos refugiados: do ingresso à extradição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 892, p. 347-376, 2010.

\_\_\_\_\_. **Processo Internacional de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. **The Relationship Between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): some pertinent questions**. In: “The Future of the Inter-American Human Rights System”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Working Paper #3. May 2014.

GOODWIN-GILL, Guy S. **The refugee in international law**, 2nd edition, New York: Oxford University Press, 1996.

LAFER, Celso. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. In: MAGNOLI, Demetrio (org). A história da paz. São Paulo: Contexto, 2008, pp. 297-329.

LEAO, Renato Zerbini. **CONARE: balanço dos 14 de anos de existência**. In: CARVALHO RAMOS, André de; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de. 60 anos de ACNUR – Perspectivas de futuro. São Paulo: CLA Editora, 2011.

MOYN, Samuel. **The Last Utopia**. Cambridge: Belknap Harvard, 2010.

SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇA  
FUNDADO EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA  
PERPETRADA NO PAÍS DE RESIDÊNCIA: A  
IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA PSICOLÓGICA COMO  
GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

*Valerio de Oliveira Mazzuoli*

*INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION AS A RESULT  
OF DOMESTIC VIOLENCE CARRIED OUT IN THE  
COUNTRY OF RESIDENCE: THE IMPORTANCE OF THE  
PSYCHOLOGICAL EXAMINATION TO ENSURE THE BEST  
INTERESTS OF THE CHILD*



# SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇA FUNDADO EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PERPETRADA NO PAÍS DE RESIDÊNCIA: A IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA PSICOLÓGICA COMO GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

*INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION AS A RESULT OF DOMESTIC VIOLENCE CARRIED OUT IN THE COUNTRY OF RESIDENCE: THE IMPORTANCE OF THE PSYCHOLOGICAL EXAMINATION TO ENSURE THE BEST INTERESTS OF THE CHILD*

*Valerio de Oliveira Mazzuoli*

*(Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor summa cum laude em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Professor Adjunto de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Advogado e Consultor Jurídico).*

*Elsa de Mattos*

*(Doutora e Mestre em Psicologia do Desenvolvimento pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa “Infância em Contextos Culturais” do Programa de Pós Graduação em Psicologia da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Psicóloga, Perita Judicial, Psicoterapeuta e Mediadora de Conflitos Familiares Membro do Grupo de Trabalho de Psicologia Dialógica da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Psicologia – ANPPEP. Professora de Psicologia Jurídica da Faculdade Independente do Nordeste – FAINOR).*

## RESUMO

Este ensaio estuda o sequestro internacional de crianças à luz dos casos de violência doméstica perpetrados no país de residência habitual, com destaque para o papel da perícia

psicológica como garantia do melhor interesse da criança. O estudo conclui que a aplicação tradicional da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cívís do Sequestro Internacional de Crianças nem sempre é benéfica para as crianças sequestradas, especialmente em casos envolvendo violência doméstica ou familiar.

**Palavras-chave:** Sequestro internacional de crianças. Violência doméstica. Perícia psicológica. Princípio do melhor interesse da criança.

## **ABSTRACT**

This paper studies the international abduction of children in light of cases of domestic violence perpetrated in the country of habitual residence, highlighting the role of psychological evaluation to guarantee the best interests of the child. The study concludes that the traditional application of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction is not always beneficial for abducted children, especially in cases involving domestic or family violence.

**Keywords:** International child abduction. Domestic violence. Psychological evaluation. Principle of the best interests of the child.

Data de submissão: 23/02/2015.

Data de aceitação: 06/05/2015.

## **SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO. 2 INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA CONVENÇÃO REALIZADA PELO PODER JUDICIÁRIO. 3 NOVA PERSPECTIVA: CASOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR. 4 IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA PSICOLÓGICA PARA ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA 5 CONCLUSÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (doravante, Convenção de Haia ou Convenção) é um tratado internacional multilateral, cuja finalidade é proteger crianças dos efeitos nocivos do sequestro e retenção para fora dos limites de um dado Estado, prevendo mecanismos para a vinda imediata da criança sequestrada para o território de origem.<sup>1</sup>

Na Convenção de Haia a expressão **sequestro** – na versão em inglês o termo utilizado é *abduction* – não deve ser confundida como o crime de nome idêntico tipificado no Código Penal (art. 148). Trata-se, em verdade, da transferência (*removal*) ilegal da criança de seu país de residência habitual e/ou sua retenção (*retention*) indevida em outro país, geralmente praticados por um dos genitores ou parentes próximos. Tal fato revela uma situação de disputa acirrada pela guarda da criança pelos familiares, capaz de levá-los a retirar a criança do país de residência habitual e transportá-la para o exterior.

De acordo com a Convenção, há duas possibilidades de se configurar o **sequestro**: quando o genitor ou o responsável subtrai a criança de sua residência habitual, levando-a para outro país sem o consentimento do outro genitor ou responsável; ou quando o genitor ou o responsável consente na viagem da criança para o exterior, mas o outro genitor ou responsável a retém no país estrangeiro por tempo indeterminado.

A Convenção estabelece um sistema de cooperação entre autoridades centrais dos países membros na intenção de viabilizar um procedimento ágil de restituição da criança ao país de origem. As autoridades centrais em cada país proporcionam assistência para localizar a criança e possibilitar sua restituição voluntária ou uma solução amigável entre os genitores. Nesses processos, via de regra, a União atua como litisconsorte do autor, responsável pelo pedido de retorno da criança para o país do qual foi subtraída.

A Convenção, contudo, prevê exceções para o retorno imediato da criança, dentre as quais

---

<sup>1</sup> No Brasil, a Convenção está em vigor desde 1º de janeiro de 2000, nos termos do seu art. 43 (verbis: “A Convenção entrará em vigor no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão previsto nos Artigos 37º e 38º”). Foi promulgada pelo Decreto Legislativo nº 79, de 15.09.1999, ratificada em 19.10.1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14.04.2000.

está a que se considera especialmente relevante para uma discussão mais aprofundada do tema: a atinente à violência doméstica ou familiar.

O artigo 13(b), da Convenção, a esse propósito, estabelece:

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:

[...]

(b) que existe um **risco grave** de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável” [grifos nossos].

Este ensaio tem por finalidade verificar como deve se portar a Justiça brasileira quando um dos genitores abandona o país onde reside e vem com a criança para o Brasil fugindo de uma situação de violência doméstica ou familiar. Sabe-se que muitas vezes o Poder Judiciário, sobretudo em primeiro grau, tem autorizado (numa interpretação restritiva da Convenção) o retorno imediato de crianças ao país de origem em casos de sequestro internacional, sem observar, contudo, detalhes importantes para uma decisão justa e voltada ao melhor interesse da criança, sobretudo à luz dos resultados da perícia psicológica. É importante, assim, compreender o papel desempenhado pelos profissionais da psicologia – que têm o necessário conhecimento técnico para aferir qual o melhor interesse da criança caso a caso – para as decisões sobre o retorno de crianças ao país de residência habitual em casos envolvendo violência doméstica ou familiar.

## 2. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA CONVENÇÃO REALIZADA PELO PODER JUDICIÁRIO

Observa-se que a aplicação da Convenção tem sido, muitas vezes, realizada de forma fria (até mesmo caprichosa) pelo Poder Judiciário, sem levar em consideração todo um mosaico de fatores presente em casos de sequestro internacional de crianças. No interior desse mosaico encontram-se diversos interesses que devem ser levados em conta pelo julgador para que decida com justiça o caso concreto, à luz do que melhor atenda aos

interesses da criança (*best interests of the child*).

Entre os Estados-partes da Convenção, a perspectiva tradicionalmente adotada nas decisões judiciais tem sido a de que o artigo 13(b) deveria ser interpretado de forma restritiva. Esse entendimento encontra amparo no **Relatório Explicativo da Convenção**, que representa um paradigma na resolução dos casos envolvendo o tratado. O Relatório afirma que uma interpretação restritiva do que sejam “perigos de ordem física ou psíquica”, bem como do que se considera “situação intolerável”, é necessária para evitar um colapso de toda a estrutura da Convenção.<sup>2</sup>

A interpretação restritiva sugere que “risco grave” e “situação intolerável” estão relacionados a circunstâncias envolvendo guerras, fome e outras catástrofes que possam colocar a criança em perigo de morte, ou, ainda, que envolvam sério risco de abuso ou negligência para as quais os tribunais do país de residência habitual se mostrem incapazes de oferecer proteção adequada.<sup>3</sup>

Quando se vai decidir sobre um possível retorno da criança ao país de residência habitual é necessário atentar, porém, para outros fatores, além dos acima citados. Um deles diz respeito aos casos de violência doméstica no histórico familiar. De fato, se se levar em consideração apenas casos como guerras, fome ou outras catástrofes, bem assim abusos não amparáveis pelos tribunais do Estado de origem, para o fim de decidir sobre o retorno da criança ao país de residência habitual, seguramente os interesses da criança estariam sendo violados, pois há inúmeras outras razões que levam a criança a ter os seus interesses prejudicados, dentre eles os casos de violência doméstica ou familiar.

Por conta de inúmeras injustiças relativamente à aplicação da Convenção é que vários Estados têm aplicado distintamente o tratado, cada qual compreendendo as exceções casuisticamente. Há, inclusive, propostas de alteração da Convenção no seio das Nações Unidas, dada exatamente a falta de critérios objetivos para amparar as decisões das

---

<sup>2</sup> PEREZ-VERA, Elisa. **Explanatory Report**: Hague Conference on Private International Law. Acts and Documents of the Fourteenth Session (Child Abduction), vol. 3 (1980), p. 426 ss. Verbis: “On the other hand, paragraphs 1b and 2 of the said article 13 contain exceptions which clearly derive from a consideration of the interests of the child. Now, as we pointed out above, the Convention invests this notion with definite content. Thus, the interest of the child in not being removed from its habitual residence without sufficient guarantees of its stability in the new environment, gives way before the primary interest of any person in not being exposed to physical or psychological danger or being placed in an intolerable situation”.

<sup>3</sup> MORLEY, Jeremy D. The future of the grave risk of harm defense in Hague International Child Abduction Cases. 2015. Disponível em: <[www.international-divorce.com](http://www.international-divorce.com)>. Acesso em: 27.jan.2015.



autoridades do Estado quando presentes casos de sequestro internacional de crianças.

### **3. NOVA PERSPECTIVA: CASOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR**

O que acontece quando o genitor abductor é a mãe que foge com seu filho de uma situação de violência doméstica ou familiar, buscando proteção em outro país?

Nos últimos anos, vem crescendo o número de casos de mulheres que vivem no exterior e são vítimas de violência doméstica ou familiar nos seus relacionamentos afetivos. Em muitos desses casos, a mulher foge com seus filhos de volta ao Brasil, com esperança de obter proteção e apoio contra a violência sofrida no país de residência habitual. Entretanto, quando chegam ao Brasil com seus filhos, muitas dessas mulheres são acusadas de sequestro internacional de crianças por seus companheiros abusadores. A situação mostra-se bastante controversa, pois, em lugar de proteção, sofrem perseguição pelas autoridades do Estado estrangeiro e por seus abusadores.

Diante de casos desse tipo, Jeremy Morley observa que tem havido mudança significativa no tratamento dado por tribunais de diversos Estados-partes da Convenção de Haia, sendo certo que também os juristas já começaram a modificar a visão tradicionalmente restrita acerca do que se considera “risco grave” de dano físico ou psicológico ou “situação intolerável” nos casos envolvendo violência doméstica ou familiar, levando especialmente em conta o que dizem recentes pesquisas sobre o tema.<sup>4</sup>

A literatura especializada demonstra que crianças que convivem em ambientes onde existe violência podem também ser vitimizadas, tanto de forma direta como indireta. Diversos

---

<sup>4</sup> Como destaca Morley: “Since approximately 2000, there has been a fundamental and dramatic change in the treatment by U.S. courts in Hague Convention cases of domestic violence as the basis of a defense under Article 13(b) of the Convention. There has been a radical shift in the opinion of scholars and in the response of the courts towards allowing the defense in Hague Convention cases. This is evidenced by many cases and articles” (The future of the grave risk of harm defense in Hague International Child Abduction Cases. International Family Law, New York, 2015. Disponível em: <[www.international-divorce.com](http://www.international-divorce.com)>. Acesso em: 27 jan. 2015). Morley colacionou uma série de experts que já se manifestam nesse sentido, dentre eles Merle Weiner, Carol S. Bruch e Sherry & Edleson. Nas linhas abaixo, baseados nesse inventário de autores trazido por Morley, também verificaremos como tais posições doutrinárias seriam capazes de modificar a compreensão tradicional da Convenção de Haia em casos de violência doméstica ou familiar.

estudos compilados por Shetty e Edleson, realizados com crianças que convivem com a violência doméstica, apontam que muitas vezes elas também se tornam vítimas das agressões físicas ou psicológicas proferidas por um genitor contra o outro. As pesquisas apontam para a ocorrência simultânea da violência interparental e da violência ou maus tratos contra a criança.<sup>5</sup> Nesse sentido, as crianças expostas à violência doméstica estão potencialmente sob “grave risco” de se tornarem vítimas, elas próprias, dessa violência. Tais aspectos, portanto, devem ser investigados em profundidade antes de qualquer tomada de decisão quanto ao retorno da criança ao país de residência habitual.

Além disso, os estudos também apontam que crianças expostas à violência doméstica ou familiar costumam apresentar problemas de ajustamento psicoemocional, tais como agressividade, baixo aproveitamento escolar, enurese, medo, dificuldade de dormir, isolamento, ansiedade ou trauma. Alguns desses sintomas podem aparecer precocemente, enquanto outros levam maior tempo para surgir. Nesse sentido, portanto, é necessário reconhecer que a violência doméstica ou familiar, quando praticada contra o genitor abductor, pode constituir uma “situação intolerável” de convivência para a qual a criança não deveria retornar.

Essa linha interpretativa vem sendo aplicada por alguns Estados-partes da Convenção, buscando desenvolver uma perspectiva mais ampla para a noção de “grave risco” e de “situação intolerável”, possibilitando a defesa dessas mulheres que sofreram violência nos termos do artigo 13(b) da Convenção.

Conforme apontado por Weiner, magistrados americanos já reconheceram expressamente que a exposição à violência doméstica configura um risco suficientemente grave para impedir o retorno da criança ao país de residência habitual. Nota-se, inclusive, que os agressores conjugais também são susceptíveis de ser abusadores de crianças e que as crianças estão em maior risco de dano físico e psicológico quando em contato com o abusador do cônjuge.<sup>6</sup>

No âmbito acadêmico, diversos estudos vêm sendo publicados, estabelecendo uma nova perspectiva diante da qual os casos de sequestro internacional de crianças por um de seus genitores ou responsáveis podem ser interpretados. Nessa linha, Weiner sugere que:

---

<sup>5</sup> SHETTY, Sudha; EDLESON, Jeffrey L. Adult domestic violence in cases of international parental child abduction. **Violence Against Women**, n. 11 (2005), p. 115-138.

<sup>6</sup> WEINER, Merle H. Navigating the road between uniformity and progress: the need for purposive analysis of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. 2002, p. 275-279.

o remédio de retorno funciona bem quando o abductor é o genitor que não detém a custódia da criança, mas não é apropriado quando o abductor é o cuidador primário que está tentando proteger a si mesmo e às crianças contra a violência praticada pelo outro genitor.<sup>7</sup>

Nesses casos, conforme assinala a autora, o retorno colocaria:

o bem mais precioso da vítima, seu filho, na proximidade de seu agressor ou sem a sua proteção (supondo que ela não voltará com a criança), ou com a sua proteção, expondo-a [potencialmente] a uma situação de mais violência.<sup>8</sup>

Diversos Tribunais americanos já vêm adotando expressamente a tese de Weiner em suas decisões, tal como demonstrado por Morley.<sup>9</sup> Por exemplo, em 2001, o Tribunal do Federal do Estado de Washington decidiu em um dos casos julgados<sup>10</sup> que a violência conjugal era um fator a ser considerado como “grave risco” nos termos do artigo 13(b) da Convenção, devido à possibilidade de o agressor também cometer violência contra a criança. Como diz Morley, de grande relevância para esse tipo de caso é o reconhecimento de que o país de onde a criança foi retirada não foi capaz de prover a sua adequada proteção, bem assim à sua mãe. Por exemplo, no referido caso de 2001, o Tribunal americano deliberou que a Grécia não foi capaz de proporcionar proteção suficiente para as crianças e considerou altamente significativo que “não havia nenhuma evidência de encaminhamentos, oferta de apoio na Grécia, ou outros serviços disponíveis, para garantir a segurança das crianças se elas fossem devolvidas para a Grécia”.<sup>11</sup> Nessa mesma linha, Bruch argumentou que os tribunais têm sido demasiadamente “relutantes” em sua aplicação da defesa com base no artigo 13(b) e conclamou os magistrados a se recusarem a enviar mães e filhos de volta em circunstâncias de violência doméstica.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> WEINER, Merle H. Navigating the road between uniformity and progress..., cit., p. 275-279.

<sup>8</sup> WEINER, Merle H. International child abduction and the escape from domestic violence. 2000, p. 593- 634.

<sup>9</sup> MORLEY, Jeremy D. The future of the grave risk of harm defense in Hague International Child Abduction Cases. 2015. Disponível em: <[www.international-divorce.com](http://www.international-divorce.com)>. Acesso em: 27.jan.2015.

<sup>10</sup> Tzarbopoulos v. Tzarbopoulos, 176 F.Supp.2d 1045, 1057 (ED Wash., 2001).

<sup>11</sup> MORLEY, Jeremy D. The future of the grave risk of harm defense in Hague International Child Abduction Cases. 2015. Disponível em: <[www.international-divorce.com](http://www.international-divorce.com)>. Acesso em: 27.01.2015.

<sup>12</sup> BRUCH, Caroline. The unmet needs of domestic violence victims and their children in Hague Child Abduction Convention. 2004, p. 529-545.

Em 2005, duas decisões<sup>13</sup> foram proferidas no Tribunal Federal do Estado de Nova York, favoráveis às mães que fugiram para os EUA com as crianças para evitar a violência doméstica praticada por genitores em países estrangeiros. Nesses casos, a petição de retorno foi negada em razão do “grave risco de dano” que tal retorno implicaria para as crianças, admitindo claramente uma interpretação mais ampla do que constitui “grave risco” para as crianças abduzidas.<sup>14</sup>

Os estudos realizados por Shetty e Edleson também apontam que em tais circunstâncias fica evidente que a presença da violência sofrida por mães no âmbito doméstico é um fator determinante para a fuga dessas mulheres (com seus filhos) de seu país de residência habitual, o que demanda um novo olhar dos legisladores e dos juristas sobre o assunto.<sup>15</sup>

Uma definição ampliada do que consiste “grave risco” e “situação intolerável” nesses casos é necessária, pois atende ao melhor interesse da criança e pode impedir que mães que já sofreram violência no passado sejam revitimizadas e obrigadas a devolver seus filhos para genitores abusivos em países que não foram capazes de lhes oferecer proteção adequada, pelo menos temporariamente, enquanto não se resolvem essas questões nos juízos locais.<sup>16</sup>

Pesquisas realizadas em países como Grécia,<sup>17</sup> Itália,<sup>18</sup> Austrália,<sup>19</sup> entre outros, envolvendo casos de sequestro internacional de crianças, também mostram que a violência doméstica aparece como motivo relevante para a fuga das mães levando seus filhos para outros países. Esses estudos indicam que as mulheres que sofrem violência fogem para outro país em busca da proteção que não obtiveram no país de residência habitual e que medidas legais precisam ser tomadas no sentido de tornar eficaz essa proteção no país para onde elas se deslocaram. Alguns autores, inclusive, recomendam que se criem novas leis internas,

---

<sup>13</sup> Elyashiv v Elyashiv, 353 F. Supp. 2d 394 (E.D.N.Y. 2005); e Olhain v. Del Carmen Cruz Santana, 2005 U.S. Dist. LEXIS 408 (E.D.N.Y. 2005).

<sup>14</sup> BRUCH, Caroline. The unmet needs of domestic violence victims and their children in Hague Child Abduction Convention, cit., p. 529-545; e MORLEY, Jeremy D. The future of the grave risk of harm defense in Hague International Child Abduction Cases. 2015. Disponível em: <www.international-divorce.com>. Acesso em: 27.jan.2015.

<sup>15</sup> SHETTY, Sudha; EDLESON, Jefferson L. Adult domestic violence in cases of international parental child abduction, cit., p. 115-138.

<sup>16</sup> MORLEY, Jeremy D. The future of the grave risk of harm defense in Hague International Child Abduction Cases. 2015. Disponível em: <www.international-divorce.com>. Acesso em: 27.01.2015.

<sup>17</sup> DOUZENIS, A.; KONTOANGELOS, K.; THOMADAKI, O.; PAPADIMITIOU, G. N. & LYKOURAS, L. Abduction of children by their parents: a psychopathological approach to the problem in mixed-ethnicity marriages. British Journal of Medicine & Medical Research, n. 2 (2012), p. 405-412.

<sup>18</sup> TAFÀ, Mimma; TOGLIATTI, Marisa Malagoli. Quando l'abuso psicologico è in agguato: la sottrazione internazionale del minore – proposte operative. 2013, p. 35-64.

<sup>19</sup> TATLEY, Carolyn. Hague Convention: who is protecting the child? 2012, p. 135-141.

identificando claramente a **exposição da criança a situações de violência doméstica** como fator de “grave risco de dano físico e psicológico”. Outra medida que também vem sendo proposta é a identificação do país de **residência habitual** da criança como sendo aquele que é capaz de oferecer proteção e garantir o seu efetivo bem-estar.

Em setembro de 2005, o Comitê Consultivo da Convenção de Haia nos EUA, emitiu um relatório intitulado **A Convenção de Haia sobre o Sequestro Internacional de Crianças: O Retorno da Criança e a Presença de Violência Doméstica**. Esse relatório, destaca Morley, apresenta argumentações fortes em apoio à tendência recente de interpretar de forma mais ampla o “grave risco” ao qual as crianças ficam submetidas em seu retorno ao país de onde foram retiradas quando a mãe as levou para outro país em busca de proteção contra a violência sofrida.<sup>20</sup>

Uma medida de vanguarda nessa direção foi adotada pela Suíça, em 2007 (com vigência a partir de 2009). O Parlamento Suíço aprovou uma Lei que avança muito no sentido de conferir proteção às crianças e suas mães quando vítimas de violência pelo genitor no país de onde se deslocaram e que estavam sendo prejudicadas pela aplicação da Convenção de Haia. A Lei Federal Suíça referente à Proteção das Crianças e Adultos foi analisada detalhadamente em artigo publicado por Weiner, mostrando que ela confere orientações relevantes para tribunais suíços acerca de como deve ser interpretada a expressão “situação intolerável”, contida no artigo 13(b) da Convenção. A Lei Suíça também inova no sentido de orientar os tribunais a designar um representante para as crianças nesses processos. Portanto, como recomenda Wainer, o exemplo da Suíça deveria ser seguido por outros países signatários em direção a uma melhor aplicação da Convenção.<sup>21</sup>

Medidas como esta podem servir de parâmetros para uma interpretação ampliada na noção de “grave risco” e “situação intolerável”, partindo da compreensão de que essas mulheres merecem o mesmo tipo de proteção que é conferida internamente às mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar.

No Brasil, a partir de 2010, a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), por meio de sua Ouvidoria, começou a receber pedidos de ajuda de mulheres que foram vítimas de violência no exterior por parte de seus maridos/companheiros. Ao retornarem ao

---

<sup>20</sup> MORLEY, Jeremy D. The future of the grave risk of harm defense in Hague International Child Abduction Cases. 2015. Disponível em: <[www.international-divorce.com](http://www.international-divorce.com)>. Acesso em: 27.jan.2015.

<sup>21</sup> WEINER, Merle H. Intolerable situation and counsel for children: following Switzerland's example in Hague abduction cases. 2008, p. 335-403.

Brasil com os filhos nascidos no exterior, muitas mulheres passaram a ser processadas por retenção ilícita de crianças, com base na Convenção de Haia. Em quatro anos, conforme divulgação oficial, a Ouvidoria da SPM já recebeu mais de 30 processos da Convenção de Haia.<sup>22</sup> A partir desses casos, a Secretaria firmou parceria com a Autoridade Central da Administração Federal (ACAF), órgão responsável pela implementação da Convenção de Haia no Brasil, e com a Advocacia Geral da União (AGU), oferecendo apoio à defesa dessas mulheres por meio de convênio com a Defensoria Pública da União e, também, elaborando relatórios contendo indícios de violência doméstica ou familiar ocorrida no exterior, para garantir a ampla defesa dessas mulheres e a possível exceção da aplicação da Convenção de Haia.

#### **4. IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA PSICOLÓGICA PARA ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Casos envolvendo a Convenção de Haia, por sua complexidade, demandam uma compreensão da situação que ultrapassa o saber jurídico. Nesses casos, fica evidente que a Psicologia pode contribuir para alcançar a finalidade maior da Convenção – o melhor interesse da criança, especificamente buscando identificar e compreender o que pode constituir “grave risco de dano psicológico” e “situação intolerável” para a criança em seu retorno.

Sem dúvida, as áreas do Direito e da Psicologia se aproximam em razão da preocupação com a conduta humana. Atualmente, diversas formas de atuação dos psicólogos vêm ganhando força no âmbito da Justiça, fazendo com que haja uma ampliação do seu campo de atuação, aumentando a interface entre esses dois ramos do conhecimento. De fato, no Brasil, após o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA em 1990, alinhado com os objetivos fundamentais da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989,<sup>23</sup> a atuação do Psicólogo foi reconhecida como instrumento essencial para assegurar os direitos e garantir a proteção da criança e do adolescente, especialmente aquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade, como as que

---

<sup>22</sup> Dados da Ouvidoria da SPM, in <[www.spm.gov.br](http://www.spm.gov.br)>. Acesso em: 27 jan. 2015.

<sup>23</sup> Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14.09.1990, ratificada em 24.09.1990, e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21.11.1990.

foram vítimas de sequestro internacional por um de seus genitores ou responsáveis e, também, de violência na família.

A literatura especializada mostra que a noção de “risco” deve ser entendida a partir de uma perspectiva dinâmica, incluindo tanto aspectos pessoais e processuais, quanto também o contexto em que a criança se insere.<sup>24</sup> Vários pesquisadores sugerem que diversas hipóteses podem agir como indicadores de risco em uma determinada situação e, portanto, seria necessário avaliar o caso concreto para determinar o que pode ser entendido como fator de risco e o que pode ser visto como fator de proteção para a criança, ou seja, aquilo que pode servir para reduzir o impacto do risco.<sup>25</sup>

O sequestro da criança por um de seus genitores deve ser entendido como uma medida situada num polo extremo do conflito interparental. Nesse sentido, é fundamental recorrer à literatura que trata de situações de conflito e violência interparental, para melhor compreender esse fenômeno. Pesquisas mostram que a violência interparental pode trazer graves danos físicos e psicológicos para as crianças envolvidas.<sup>26</sup> Crianças e adolescentes que convivem com violência interparental podem ser consideradas tanto vítimas diretas quanto indiretas desse tipo de violência.<sup>27</sup> A violência intrafamiliar inclui desde situações nas quais a criança é indiretamente envolvida, pois ouve os pais discutindo e vê os resultados do abuso físico no corpo de um dos genitores (por exemplo, ferimentos e hematomas), até situações em que ela é envolvida de forma direta, intervindo para apartar a briga ou para socorrer um dos pais, ou ainda sendo agredida por um ou por ambos os genitores. Enquanto as situações de vitimização direta são mais fáceis de se identificar, as formas de vitimização indireta são mais sutis e podem demandar mais tempo e recursos para se tornarem conhecidas.

Alguns autores consideram que a violência interparental constitui uma forma de abuso psicológico contra a criança.<sup>28</sup> Entre as formas de abuso psicológico identificadas, encontram-se: (a) aterrorizar a criança, por exemplo, quando o adulto perpetrador da

---

<sup>24</sup> BRONFENBRENNER, Urie. **A ecologia do desenvolvimento humano: experimentos naturais e planejados**. 1996.

<sup>25</sup> COWAN, Philip; COWAN, Carolyn; SCHULTZ, Marc. Thinking about risk and resilience in families. 1996, p. 1-38.

<sup>26</sup> HOLT, Stephanie; BUCKELEY, Helen; WHELAN Sadhbh. The impact of exposure to domestic violence on children and young people: a review of literature. 2008, p. 797-810.

<sup>27</sup> SANI, Ana. Vitimização indireta de crianças em contexto familiar. 2006, p. 849-864.

<sup>28</sup> PELED, Einat; DAVIS, Diane. **Groupwork with children of battered women: a practitioner's guide**. 1995.

violência a agride verbalmente, cria um clima de medo, a oprime, assusta e faz com que ela acredite que o mundo é caprichoso e hostil; (b) forçar a criança a viver em ambientes perigosos; (c) expor a criança a modelos de papéis negativos e limitados, porque encorajam a rigidez, a autodestruição, os comportamentos violentos e anti-sociais. Todas essas situações são comuns nos casos envolvendo violência interpaparental.

Outros autores, entretanto, admitem que as experiências das crianças em situações de violência interpaparental são muito variadas, podendo assumir graus mais ou menos severos.<sup>29</sup> Sendo assim, não se pode definir, *a priori*, o grau de vulnerabilidade da criança. É necessário conhecer os aspectos presentes em cada caso concreto. Estudos realizados por Sani sugerem que as vulnerabilidades podem também se evidenciar a curto, médio e longo prazos e traduzem-se tanto na forma de comportamentos de externalização por parte da criança (por exemplo, dificuldade de atenção ou comportamento agressivo) como por meio de comportamentos de internalização (por exemplo, baixa autoestima e estados depressivos). A curto e médio prazos, crianças e adolescentes que convivem com violência interpaparental apresentam maior risco de sofrer abuso emocional, físico e sexual, de desenvolver problemas emocionais e comportamentais e de estarem mais expostas à presença de outras adversidades em suas vidas. Além disso, o impacto da violência interpaparental pode ser sentido a longo prazo, mesmo após terem sido tomadas medidas para garantir a segurança dos envolvidos, pois tal violência vem sendo identificada como um importante fator de risco de psicopatologia na idade adulta.<sup>30</sup>

Estudos recentes<sup>31</sup> também indicam que a exposição da criança à violência conjugal aparece como um fator relevante nas decisões tomadas pelas mulheres vítimas de violência em busca de segurança e proteção. O bem-estar da criança, por exemplo, constitui fator determinante na decisão da mulher em permanecer ou deixar o país de residência habitual, quando percebe que a violência está se estendendo à criança ou quando acredita que seus recursos de proteção e segurança estejam se esgotando naquele país, não obstante tenha receio de perder a guarda do filho.<sup>32</sup> Estudos conduzidos por Freeman com crianças vítimas de sequestro internacional por um dos genitores revelam que a maior parte das crianças pesquisadas viviam com suas mães quando foram sequestradas, e que as mães

---

<sup>29</sup> GRAHAM-BERMAN, Sandra; EDELSON, Jeffrey. **Domestic violence in the lives of children: the future of research, intervention, and social policy.** 2001.

<sup>30</sup> SANI, Ana. **Vitimação indireta de crianças em contexto familiar.** 2006, p. 849-864.

<sup>31</sup> GOODKIND, Jessica; SULLIVAN, Cris; BYBEE, Deborah. A contextual analysis of bettered womans' safety planning. 2004, p. 514-533.

<sup>32</sup> SHETTY, Sudha; EDELSON, Jeffrey L. Adult domestic violence in cases of international parental child abduction, cit., p. 115-138.



relataram ter sofrido violência contra si mesmas ou contra os filhos, sendo esse o principal motivo por elas indicado para deixar o país de residência habitual.<sup>33</sup>

Nessa linha, torna-se relevante o papel da perícia psicológica em casos de sequestro internacional de crianças por um dos genitores para compreender melhor as circunstâncias nas quais esse fenômeno ocorre, pois os casos de violência interpaparental e de vitimização direta e indireta das crianças envolvidas parecem ser cada vez mais comuns. De fato, a importância da perícia psicológica reside no fato de permitir conhecer as vulnerabilidades das crianças e de suas famílias e levantar elementos e processos que caracterizam o contexto no qual o sequestro ocorreu, assim como a natureza e a extensão do conflito interpaparental presente no caso, identificando as percepções e as interpretações da criança sobre a situação, bem como sua capacidade para lidar com ela.

Tal avaliação permite, portanto, identificar com mais clareza os fatores que constituem “grave risco de dano psicológico” à criança em seu retorno ao país de residência habitual e, também, definir se o contexto de residência habitual da criança pode colocá-la ou não em situação considerada “intolerável”, nos termos indicados pelo artigo 13(b) da Convenção. Uma avaliação psicológica em casos de sequestro internacional de crianças deve focar na existência concreta de fatores que podem comprometer o bem-estar físico e psicológico da criança no ambiente de onde ela foi retirada, indicando, por exemplo, a capacidade do genitor que foi deixado para trás de prover-lhe proteção e afeto.

As autoridades do Estado (judiciárias ou administrativas) têm o dever de ponderar os resultados da perícia psicológica com os dispositivos protetivos da Convenção, a fim de aplicar a norma **mais favorável** à criança sequestrada, resguardando sempre o seu **melhor interesse**. Nem sempre o “retorno imediato” da criança é a melhor solução – para todos, inclusive para os pais – no caso concreto, notadamente quando entra em jogo na cena familiar qualquer tipo de violência doméstica.

---

<sup>33</sup> FREEMAN, Merilyn. International child abduction: the effects. 2006, p. 1-66.

## 5. CONCLUSÃO

O presente estudo defende uma abordagem holística e focada na criança, na atenção ao melhor interesse das vítimas de sequestro internacional por um dos genitores. Essa perspectiva ressalta a importância de realizar uma avaliação psicológica informada e planejada, especialmente para capturar a experiência singular da criança e capaz de entender todas as suas necessidades.

Por tudo o que foi apresentado, torna-se relevante tratar de forma específica as situações de violência interparental nos casos de sequestro internacional de crianças, buscando identificar as formas como a criança lida com as situações de violência e os potenciais riscos que enfrenta. Destaca-se, também, a importância de conhecer os fatores de proteção que possam minimizar os efeitos da exposição à violência interparental, tanto no país de residência habitual quanto no país para o qual a criança foi deslocada.

Casos de sequestro internacional, como consequência de violência interparental, vêm se tornando cada vez mais frequentes nos Estados-partes da Convenção de Haia, devido ao elevado número de mulheres que emigram para países estrangeiros em busca de melhores condições de vida e trabalho, casam-se e têm filhos nesses países e ali sofrem violência doméstica ou familiar. Portanto, é premente que se adotem medidas específicas, também no Brasil, na mesma direção do que está ocorrendo em outros países, de forma a conferir um tratamento diferenciado a esses casos singulares, garantindo a efetiva proteção – e não a perseguição – dessas mulheres e de seus filhos, evitando, em última análise, sua revitimização.

## REFERÊNCIAS

BRONFENBRENNER, Urie. **A ecologia do desenvolvimento humano: experimentos naturais e planejados**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

BRUCH, Caroline. The unmet needs of domestic violence victims and their children in Hague Child Abduction Convention. **Family Law Quarterly**, vol. 38, 2004, p. 529-545.

COWAN, Philip; COWAN, Carolyn; SCHULTZ, Marc. Thinking about risk and resilience in families. In: HETHERINGTON, E. M. & BLECHMAN, E. A. (Orgs.). **Stress, coping and resiliency in children and families**. New Jersey: Lawrence Erlbaum,

1996, p. 1-38.

DOUZENIS, A.; KONTOANGELOS, K.; THOMADAKI, O; PAPADIMITIOU, G. N.; LYKOURAS, L. **Abduction of children by their parents:** a psychopathological approach to the problem in mixed-ethnicity marriages. *British Journal of Medicine & Medical Research*, n. 2, 2012, p. 405-412.

FREEMAN, Marilyn. **International child abduction:** the effects. International Child Abduction Centre, May 2006, p. 1-66.

GOODKIND, Jessica; SULLIVAN, Cris; BYBEE, Deborah. A contextual analysis of bettered womans' safety planning. **Violence Against Women**, n. 10, 2004, p. 514-533.

GRAHAM-BERMAN, Sandra; EDELSON, Jeffrey. **Domestic violence in the lives of children:** the future of research, intervention, and social policy. Washington: American Psychological Association, 2001.

HOLT, Stephanie; BUCKELEY, Helen; WHELAN Sadbh. The impact of exposure to domestic violence on children and young people: a review of literature. *Child Abuse & Neglect*, vol. 32 2008, p. 797-810.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MORLEY, Jeremy D. The future of the grave risk of harm defense in Hague International Child Abduction Cases. **International Family Law**, New York, 2015. Disponível em: <[www.international-divorce.com](http://www.international-divorce.com)>. Acesso em: 27.01.2015.

PELED, Einat; DAVIS, Diane. **Groupwork with children of battered women:** a practioner's guide. California: Sage Publications, 1995.

PEREZ-VERA, Elisa. Explanatory Report: Hague Conference on Private International Law. **Acts and Documents of the Fourteenth Session (Child Abduction)**, vol. 3 1980, p. 426 ss.

SANI, Ana I. Vitimação indireta de crianças em contexto familiar. **Análise Social**, n. 180, 2006, p. 849-864.

SHETTY, Sudha; EDLESON, Jefferson L. Adult domestic violence in cases of international parental child abduction. **Violence Against Women**, n. 11 2005, p. 115-138.

TAFÀ, Mimma; TOGLIATTI, Marisa Malagoli. Quando l'abuso psicologico è in agguato: la sottrazione internazionale del minore – proposte operative. **Maltrattamento e abuso all'infanzia**, vol. 15, n. 2 2013, p. 35-64.

TATLEY, Carolyn. Hague Convention: who is protecting the child? **Children Australia**, n. 37,2012, p. 135-141.

WEINER, Merle H. International child abduction and the escape from domestic violence. **Fordham Law Review**, vol. 69, 2000, p. 593-634.

\_\_\_\_\_. Navigating the road between uniformity and progress: the need for purposive analysis of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. **Columbia Human Rights Law Review**, vol. 33, 2002, p. 275-279.

\_\_\_\_\_. Intolerable situation and counsel for children: following Switzerland's example in Hague abduction cases. **American University Law Review**, vol. 58, 2008, p. 335-403.



# COMUNICAÇÃO PÚBLICA E A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO: PLANEJAR PARA O CIDADÃO

*Francisco Pereira Neves de Macedo*

*PUBLIC COMMUNICATION AND THE PUBLIC  
DEFENDER'S OFFICE: PLANNING FOR THE CITIZENS*



# COMUNICAÇÃO PÚBLICA E A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO: PLANEJAR PARA O CIDADÃO

*PUBLIC COMMUNICATION AND THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE: PLANNING FOR THE CITIZENS*

*Francisco Pereira Neves de Macedo*

*(Especialista em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública - Enap. Especialista em Jornalismo Investigativo e Realidade Brasileira pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/RJ. Jornalista na Defensoria Pública da União).*

## RESUMO

A estimativa é de que 142 milhões de brasileiros sejam potenciais assistidos da Defensoria Pública da União (DPU). Pelo número de cidadãos atendidos ao ano – 638 mil em 2013 –, o povo ainda não conhece suficientemente o serviço. A Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei n.º 80/1994), em seu artigo 4º, inciso III, incluiu entre as atribuições do órgão a de “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”. A hipótese deste artigo é a de que uma política de comunicação da DPU pode ser capaz de cumprir seu objetivo com o entendimento e a operacionalização de uma comunicação de fato pública, demandante de uma opção política pela cidadania e pelo interesse público. O objetivo geral do estudo é discutir a necessidade de planejamento das ações de comunicação realizadas no Órgão.

**Palavras-chave:** Comunicação Pública. Defensoria Pública. Planejamento.

## ABSTRACT

The estimate is that 142 million Brazilians are potential clients of the Defensoria Pública da União-DPU (Federal Public Defender's office). Regarding the number of citizens



attended every year – 638,000 in 2013 – people do not know the service well enough yet. Article 4, III of Law n. 80/1994 (National Organic Law of the Federal Public Defender's office), includes among DPU's responsibilities the one to “promote the dissemination and awareness of human rights, citizenship and legal order”. This article's hypothesis is that a communication policy by DPU would be able to fulfill its goal with the understanding and the establishment of real public communication, which demands a political option towards citizenship and public interest. The general purpose of this study is to discuss the need of planning DPU's communication activities.

**Keywords:** Public communication. Public Defender's office. Planning.

Data de aceitação: 27/02/2015.

Data de submissão: 02/07/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 AMBIENTE DE PESQUISA: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. 3 REVISÃO TEÓRICA: CONCEITO DE COMUNICAÇÃO PÚBLICA. 4 O ATUAL ESTÁGIO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NA DPU. 5 CONCLUSÃO.

### 1. INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública da União (DPU) presta assistência jurídica integral e gratuita na Justiça Federal a quem não tem condições de pagar os serviços de um advogado. A Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei n.º 80/1994), em seu artigo 4º, inciso III, incluiu entre as atribuições do órgão a de “[...] promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei Complementar n.º 80 de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1994.

Com 19 anos de existência,<sup>2</sup> a DPU conta com 561 cargos de defensor público federal, distribuídos nas 27 capitais dos estados e do Distrito Federal e em 40 cidades do interior. Isso representa atuação em 25% do total de municípios com varas da Justiça Federal. A estimativa é de que 142 milhões de brasileiros sejam potenciais assistidos.<sup>3</sup> Dessa forma, o chamado atendimento de balcão é limitado. Pelo número de cidadãos atendidos ao ano – 638 mil em 2013,<sup>4</sup> parece plausível concluir que o povo ainda não conhece suficientemente o serviço.

Em consonância com as premissas legais da Instituição, o primeiro Plano Estratégico (2012-2015) elaborado pela DPU estabeleceu como missão: “garantir aos necessitados o conhecimento e a defesa de seus direitos”.<sup>5</sup> Nesse sentido, não basta à Defensoria cumprir os mandamentos constitucionais de publicidade comuns a toda a Administração Pública. É preciso que seja proativa na tarefa de comunicar à sociedade sobre os seus direitos.

É justamente o impacto dessa peculiaridade da DPU na forma de pensar a comunicação o tema deste estudo. Nesse contexto, o problema de pesquisa consiste em responder à seguinte pergunta: como garantir aos necessitados o conhecimento dos seus direitos?

A hipótese deste artigo é a de que um trabalho de comunicação social de um órgão incluído entre os seis maiores balcões de atendimento da Administração Pública federal<sup>6</sup> será capaz de atingir esse objetivo a partir do entendimento, do planejamento e da operacionalização de uma comunicação de fato pública, demandante de uma opção política pela cidadania e pelo interesse público.<sup>7</sup>

O objetivo geral do estudo é discutir a necessidade de planejamento das ações de comunicação realizadas no Órgão. Os objetivos específicos são: (a) apresentar o ambiente

---

<sup>2</sup> Ano de referência: 2014.

<sup>3</sup> O número foi utilizado como referência para o estudo Assistência Jurídica Integral e Gratuita no Brasil: Um panorama da atuação da Defensoria Pública da União (2014). Leva em consideração pessoas com mais de dez anos de idade e rendimento mensal de até três salários mínimos de acordo com o IBGE

<sup>4</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Quadro de Atendimentos a Assistidos - Exercício 2013. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/images/stories/documentos/estatistica/2013/Quadro\\_Atendimentos\\_Assistidos\\_Proc\\_Judiciais\\_2013\\_DEZ.pdf](http://www.dpu.gov.br/images/stories/documentos/estatistica/2013/Quadro_Atendimentos_Assistidos_Proc_Judiciais_2013_DEZ.pdf)>.

<sup>5</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Plano Estratégico da Defensoria Pública da União: 2012-2015. Brasília, 2012, p. 19.

<sup>6</sup> Relatório de auditoria operacional – Acessibilidade nos órgãos públicos federais (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2012).

<sup>7</sup> De acordo com DUARTE, J. Instrumentos de comunicação pública. In: DUARTE, J. (org.). **Comunicação Pública**: Estado, Mercado, Sociedade e Interesse Público, 2009. p. 70, a operacionalização do conceito de comunicação pública demanda necessariamente uma opção política pela cidadania e pelo interesse público.

de pesquisa, ou seja, o contexto em que está inserida a Defensoria Pública da União; (b) refletir sobre o conceito de comunicação pública; e (c) explicar, do ponto de vista deste autor, o estágio em que se encontra a Comunicação Social na Instituição.

Tendo em vista que o conceito de cidadania, intrínseco às noções de república e democracia,<sup>8</sup> está intimamente relacionado à ideia de conhecimento pelos indivíduos de seus direitos e deveres, a função comunicativa da DPU atende a objetivos superiores à própria Instituição, sendo parte de um esforço mais amplo de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, restabelecido há 29 anos,<sup>9</sup> após mais de duas décadas de ditadura militar.

Diante desse quadro, a pesquisa pode servir de referência para outras organizações com características semelhantes: atendimento direto à população, capilaridade por todo o Brasil; dimensão e diversidade do público potencial. Além de auxiliar no desenvolvimento e na reformulação de estruturas de Comunicação Social no serviço público. Do ponto de vista teórico, o estudo contribuirá para as discussões no ambiente acadêmico sobre as diversas interpretações conceituais de comunicação pública.

A base metodológica desta pesquisa é teórica e foi possível por meio de análise bibliográfica e documental de dados e informações. O estudo recorreu também a leituras sobre planejamento estratégico, ao partir do princípio de que, para servir aos assistidos, é preciso saber quem são e onde estão as pessoas que compõem o público da DPU.

Nesse sentido, em **Safári de Estratégia**, Mintzberg, Ahlstrand e Lampel,<sup>10</sup> fazem uma revisão das 10 principais escolas do planejamento estratégico e concluem que a maior parte delas possui as mesmas ideias básicas: (1) estágio de fixação de objetivos; (2) estágio de auditoria externa (previsões feitas a respeito de previsões futuras); (3) estágio de auditoria interna (estudo de forças e fraquezas da instituição); (4) estágio de avaliação de

---

<sup>8</sup> Democracia é aqui entendida a partir dos três modelos normativos estudados por Habermas (liberal, republicano e deliberativo) numa perspectiva mais próxima da concepção republicana, conforme explica GOMES, W. Esfera pública política e comunicação. In: GOMES, W.; MAIA, R. **Comunicação e democracia** – Problemas & perspectivas, 2008. p.14. “A tradição republicana, por sua vez, preocupa-se com a cidadania, entendida como a inscrição fundamental na comunidade política. [...] Mais que as liberdades negativas dos indivíduos (a liberdade entendida como ausência de constrangimentos ou como a imunidade de coerção externa), que fazem parte da agenda liberal democrata, ao republicanismo preocupa os direitos igualitários e as oportunidades concretas de participação política e de engajamento na vida coletiva por parte da esfera civil”.

<sup>9</sup> Ano de referência: 2014.

<sup>10</sup> MINTZBERG, H.; AHLSTRAND, B.; LAMPEL, J. **Safári de estratégia** – Um roteiro pela selva do planejamento estratégico, 2010, p. 59.

estratégia (análise de riscos, necessidade de delineamento de estratégias); e (5) estágio de operacionalização da estratégia (implementação).

Ao tratar de planejamento voltado para área de relações públicas comunitárias, Margarida Kunsch<sup>11</sup> também entende que, apesar das diferentes tipologias variantes de acordo com a realidade em que se está inserido, os conceitos básicos que fundamentam o processo de planejamento são os mesmos e aplicáveis a qualquer área. No contexto das organizações, de acordo com a autora, o planejamento ocorre em três níveis: estratégico, tático e operacional. O planejamento estratégico caracteriza-se como de longo prazo; o planejamento tático, de curto prazo; e o planejamento operacional é responsável pela formalização, por meio de documentos escritos, de todo o processo e das metodologias a serem adotadas. Kunsch define planejamento como um processo técnico, racional, lógico e político – como um ato de inteligência, sempre vinculado a situações da vida de pessoas, grupos e organizações das esferas pública e privada.

Nesse contexto, Kunsch apresenta o trabalho de Carlos Matus,<sup>12</sup> que, segundo a autora, revolucionou a forma como os governos faziam planejamento social. Matus é autor do planejamento estratégico situacional (PES), método que enfatiza a organização da ação para a intervenção e transformação social. De acordo com a autora, o método não se limita “[...] à questão dos recursos econômicos, mas valoriza também a dimensão política do planejamento, a força e o poder dos sujeitos, a capacitação dos atores para o diálogo com os agentes envolvidos.”<sup>13</sup> Kunsch faz referência à definição usada por Jackson de Toni em relação ao PES:

O planejamento estratégico situacional é antes de tudo um potente enfoque metodológico, com alguns princípios e visões filosóficas sobre a produção social, a liberdade humana e o papel dos governos, governantes e governados. A análise de problemas, a identificação de cenários, a visualização de outros atores sociais, a ênfase na análise estratégica são elementos fundamentais e diferenciadores do PES em

---

<sup>11</sup> KUNSCH, M. Planejamento e gestão das relações públicas comunitárias. In: KUNSCH, M, (org). **Relações Públicas: História, teorias e estratégias nas organizações contemporâneas**, 2009, p. 449.

<sup>12</sup> Carlos Matus nasceu no Chile, foi ministro do Governo Allende (1973) e consultor do ILPES/CEPAL. Ministrou vários cursos no Brasil nos anos noventa (escolas sindicais, IPEA, ministérios, governos estaduais e municipais). Formulador do Planejamento Estratégico Situacional (PES), criou a fundação Altadir com sede na Venezuela, para difundir o método e capacitar dirigentes. MATUS, C. O plano como aposta. In: GIACOMONI, J. & PAGNUSSAT, J. L. (orgs). **Planejamento e Orçamento Governamental**, 2006, p. 144.

<sup>13</sup> KUNSCH, M. Planejamento e gestão das relações públicas comunitárias. In: KUNSCH, M, (org). **Relações Públicas: História, teorias e estratégias nas organizações contemporâneas**, 2009, p. 457.

relação a outros métodos de planejamento.<sup>14</sup>

Outro diferencial do método desenvolvido por Matus para os fins deste artigo é o fato de o PES ser pensado especificamente para a realidade do setor público, considerando os fatores técnicos e políticos envolvidos no jogo social. De acordo com o autor, o fundamento do PES é a teoria de um jogo semicontrolado a serviço da prática racional da ação humana.<sup>15</sup>

A ideia do jogo semicontrolado admite que existem variáveis controláveis e não controláveis na realidade e isso afeta a capacidade de planejar. Para Matus, apesar dessa inexorável imprevisibilidade, o jogo semicontrolado permite calcular resultados com alta margem de segurança ou com probabilidades<sup>16</sup>. O PES é composto de quatro momentos: explicativo (foi, é, tende a ser); normativo (deve ser); estratégico (pode ser do deve ser); e tático-operacional (fazer)<sup>17</sup>. A partir da proposição de Kunsch,<sup>18</sup> entendido que não existe uma metodologia definitiva, irrefutável, e que o método desenvolvido por Carlos Matus, a partir das características já expostas, é aplicável à realidade da Assessoria de Comunicação Social da DPU, este artigo se dedicará, no limite das restrições de tempo e espaço para esta pesquisa, a explicar, do ponto de vista do autor deste trabalho, o estágio em que se encontra a Comunicação Social do Órgão, com base no primeiro dos quatro momentos do planejamento estratégico situacional proposto por Matus: o explicativo. Dessa forma, pretende-se tornar esta reflexão um ponto de partida possível para o planejamento das ações de comunicação na Instituição.

## 2. AMBIENTE DE PESQUISA: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

A Defensoria Pública da União, assim como as defensorias públicas estaduais e do Distrito Federal, foi criada pela Constituição de 1988 como essencial à função jurisdicional do

---

<sup>14</sup> DE TONI, 2004 apud KUNSCH, 2009, p. 452.

<sup>15</sup> MATUS, C. O plano como aposta. In: GIACOMONI, J. & PAGNUSSAT, J. L. (orgs). **Planejamento e Orçamento Governamental**, 2006, p. 117.

<sup>16</sup> Ibid, p. 118.

<sup>17</sup> Ibid, p. 141-142

<sup>18</sup> KUNSCH, M. Planejamento e gestão das relações públicas comunitárias. In: KUNSCH, M, (org). **Relações Públicas: História, teorias e estratégias nas organizações contemporâneas**, 2009, p. 459.

Estado. A divisão de competências das defensorias públicas segue a do Poder Judiciário. As defensorias públicas estaduais atuam perante a Justiça Estadual e a DPU perante a Justiça Federal, do Trabalho, Eleitoral, Justiça Militar, Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos casos atendidos pela DPU é em favor da população sem condições de pagar um advogado contra órgãos federais (INSS, Caixa Econômica Federal, Ibama, Correios etc.). Já às defensorias estaduais cabe representar o cidadão pobre em demandas jurídicas entre particulares (homicídio, roubo, direito de família, direito do consumidor) ou contra estados e municípios.

Em 1994, com a aprovação da Lei Complementar n.º 80, as defensorias públicas foram organizadas. De todo modo, a DPU foi implantada de fato, em caráter emergencial e provisório, a partir da Lei n.º 9.020, de 1995.

O Ministério da Justiça instituiu em 2003 a Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ), órgão de articulação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que teve atuação fundamental para a promulgação da Emenda à Constituição (EC) n.º 45, conhecida como Reforma do Poder Judiciário. Entre outras alterações no Sistema de Justiça, a EC n.º 45/2004 concedeu autonomia às defensorias públicas estaduais. Devido à ausência de referência explícita à esfera federal da defensoria pública no texto de 2004, a inovação constitucional só foi ampliada para a DPU com a EC n.º 74/2013, que concedeu ao órgão autonomia funcional e administrativa e iniciativa de proposta orçamentária.

De 1995 a 2013, a DPU esteve juridicamente vinculada ao organograma do Poder Executivo, ligada ao Ministério da Justiça. A recente alteração colocou a Defensoria Pública da União na mesma posição jurídico-constitucional do Ministério Público e do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo.

Outro momento importante para o fortalecimento do acesso integral e gratuito à justiça no país foi a aprovação da Lei Complementar n.º 132, de 2009, que alterou dispositivos da Lei Complementar n.º 80. O principal avanço da nova legislação foi a ampliação do entendimento de assistência judicial para assistência jurídica, com a explicitação do dever da Defensoria Pública de atuar em prol dos direitos humanos, com a priorização de soluções extrajudiciais de conflitos e a prerrogativa de impetrar ações civis públicas para garantir direitos coletivos. Segundo o defensor público-geral federal, Haman Córdova:

Neste momento, a Defensoria Pública deixa de ser uma instituição marcada pelo ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário para agregar à sua função e imagem a promoção da difusão,

conscientização e proteção dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; do exercício da defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, passando a compor conselhos penitenciários, comitês de saúde e de enfrentamento ao tráfico de pessoas, dentre outros inúmeros avanços em sua missão institucional.<sup>19</sup>

Rogério Bastos Arantes<sup>20</sup> trata do impacto das ações civis públicas no que denomina segunda onda de expansão do Poder Judiciário (a primeira foi nos anos 1930 e 1940). De acordo com o autor, a década de 1980 deu início a uma profunda transformação no ordenamento jurídico. Arantes destaca a criação do instrumento da Ação Civil Pública, em 1985, como fundamental no processo de reconhecimento legal da existência de direitos difusos e coletivos, como os direitos do consumidor, meio ambiente e patrimônio histórico-cultural.

O marco mais recente da DPU ocorreu em junho de 2014, com a promulgação da EC n.º 80. A Emenda à Constituição estabeleceu prazo de oito anos para que todas as unidades jurisdicionais do país contem com defensores públicos.

O contexto para o fortalecimento do acesso integral e gratuito à justiça está relacionado à expansão do Judiciário. De acordo com Arantes, o Judiciário transformou-se em “[...] instância de implementação de direitos sociais e coletivos, especialmente na segunda metade do século XX”.<sup>21</sup>

Segundo o autor, existem dois enfoques principais para explicar a expansão do Judiciário no período: (1) Sociológico: associa a expansão do Judiciário e suas dificuldades atuais ao desenvolvimento e crise do chamado Estado de Bem-Estar Social no século XX; (2) Institucional: associa a expansão do Judiciário à ampliação do acesso à Justiça para direitos coletivos, especialmente a partir da década de 1970.

De acordo com a vertente sociológica, que tem Boaventura de Sousa Santos como importante representante, o Judiciário passa a ser acionado para dar efetividade prática a essa nova legislação social, muito mais substantiva do ponto de vista dos direitos de

---

<sup>19</sup> CÓRDOVA, Haman. Os 18 anos de assistência jurídica integral e gratuita. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-16/haman-tabosa-dpu-18-anos-assistencia-juridica-integral-gratuita>>. Acesso em: 26 set. 2014.

<sup>20</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: Entre a Justiça e a Política. In AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (organizadores). **Sistema Político Brasileiro**: uma introdução, 2004, p. 105.

<sup>21</sup> *Ibid*, p. 98.

cidadania. A consequência é o aumento exponencial da procura judiciária e a explosão da litigiosidade. Com a crise do Estado de Bem-Estar Social, configura-se um contexto dúbio: escassez de recursos públicos versus direitos legislados abundantes.<sup>22</sup> Já a vertente institucional, que tem Cappelletti e Garth como referências, afirma que direitos e regras processuais mudaram muito ao longo do século XX, colocando a Justiça ao alcance formal dos atores coletivos da sociedade.

Luis Werneck Vianna<sup>23</sup> entende o *boom* da litigiosidade como “[...] fenômeno mundial, convertendo a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza”. Na avaliação do autor, “[...] sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, as expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno”.

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo Judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social.<sup>24</sup>

No Brasil, o aumento da litigiosidade tem na Carta Magna de 1988 marco fundamental, tendo em vista o expressivo número de garantias e direitos previstos em contraposição às dificuldades do Estado em efetivá-los por meio de políticas públicas. Esse é o contexto, portanto, em que surge a Defensoria Pública no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3. REVISÃO TEÓRICA: CONCEITO DE COMUNICAÇÃO PÚBLICA

Delimitar o conceito de comunicação pública é tão difícil como contar os inúmeros usos do termo na literatura e nas instituições. Comunicação institucional, corporativa, governamental e política são muitas vezes consideradas sinônimos naturais quando o

---

<sup>22</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: Entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (organizadores). **Sistema Político Brasileiro**: uma introdução, 2004, p. 99-100.

<sup>23</sup> VIANNA, Luis Werneck (2007). Dezessete anos de judicialização da política. In: Tempo Social, 2007, p. 40. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=isso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=isso)>. Acesso em: 20 out. 2014.

<sup>24</sup> Ibid, p. 41.



assunto é comunicação no serviço público. A coletânea de artigos **Comunicação Pública – Estado, Mercado, Sociedade e Interesse Público**, organizada por Jorge Duarte,<sup>25</sup> desaconselha a simplificação do conceito, justamente pelo risco de confundir perspectivas de comunicação absolutamente distintas.

De acordo com Duarte, talvez seja mais fácil definir o que não é comunicação pública. “Não trata de comunicação sobre interesses particulares, privados, de mercado, pessoais, corporativos, institucionais, comerciais, promocionais ou de ‘um público’”.<sup>26</sup>

No mesmo sentido, Elizabeth Pazito Brandão<sup>27</sup> também aponta que uma característica de quase todos os autores da área é o cuidado extremo em citar o que a comunicação pública não é, apesar de ainda não se ter chegado a um acordo sobre o que ela é ou deveria ser. “E o foco da atenção da maior parte dos autores é ressaltar que a comunicação pública não é comunicação governamental e diz respeito ao Estado e não ao Governo”.

Com relação à diferença de uma comunicação voltada para a cidadania e outra, focada no fortalecimento da imagem institucional, é pertinente citar Graça França Monteiro:

Parafrazeando o filósofo e físico francês Gérard Fourez (1995), quando se fala em comunicação como espaço de mediação entre organizações e sociedade, pode-se decidir por praticar uma divulgação de informações do tipo “efeito de vitrine”, em que o que prevalece é uma comunicação estratégica em que as informações que circulam têm por objetivo final a promoção institucional e a obtenção de apoio e cooperação da chamada opinião pública, ou do tipo “transmissão de poder social”, em que essa opinião pública é convocada para participar das decisões que lhe afetam o cotidiano e em que o direito à informação ultrapassa a noção de “liberdade de expressão” para abranger também o “poder de ser ouvido”, garantindo, assim, a assimilação e a implementação de práticas participativas para a consolidação da cidadania e a construção de um Estado democrático. Essa escolha não é meramente uma questão de abordagem teórica, mas de opção sociopolítica do fazer comunicacional.<sup>28</sup>

Monteiro afirma que as informações que formam a essência da comunicação pública

---

<sup>25</sup> DUARTE, J. Instrumentos de comunicação pública. In: DUARTE, J. (org.). **Comunicação Pública: Estado, Mercado, Sociedade e Interesse Público**, 2009.

<sup>26</sup> Ibid, p. 60.

<sup>27</sup> BRANDÃO in DUARTE, 2009, p. 15.

<sup>28</sup> MONTEIRO in DUARTE, 2009, p. 44.

apenas são visíveis a longo prazo. A justificativa da autora é que esse tipo de comunicação demora mais tempo para se consolidar, “[...] já que seu objetivo, além de informar, é qualificar o cidadão para exercer seu poder de voz, de voto e de veto nas questões que dizem respeito à coletividade”<sup>29</sup>.

Margarida Kunsch cita Paulo Freire<sup>30</sup> para tratar dessa relação com o público ao qual se deseja, mais que informar, levar conhecimento. Freire entende que é necessário considerar “[...] a concepção problematizadora e a superação da contradição educador-educando: ninguém educa ninguém – ninguém se educa a si mesmo – os homens se educam entre si, mediatizados pelo mundo”. Kunsch faz referência a Cicilia Krohling Peruzzo<sup>31</sup>, que também explorou essa conexão possível entre as relações públicas junto aos mais necessitados e o pensamento freireano sobre educação. Na avaliação da autora, “[...] as relações públicas a serviço da classe dominada se inserem na concepção ‘libertadora’ da educação. Esta problematiza, desmistifica a realidade, desocultando-a. Em lugar do homem-coisa, adaptável, luta pelo homem-pessoa, transformador do mundo.”

Em contraposição ao empoderamento possível ao homem-pessoa, transformador do mundo, Heloísa Matos<sup>32</sup> argumenta que “[...] um cidadão que não acredita ter direito a se expressar, que não valoriza o que tem a dizer e que se sente incapaz de comunicar isso adequadamente aos outros dificilmente terá condições de integrar a rede social da comunicação pública”. Para a autora, a base da discussão é a elaboração de uma cultura cívica e comunicacional do que seja público e do valor deste público. Matos entende que o fato de o indivíduo ter baixa escolaridade não o impede de participar da esfera pública, desde que se sinta imbuído de sua importância e do valor de sua participação.

Apesar de reconhecer que o conceito de comunicação pública ainda não está maduro, Jorge Duarte<sup>33</sup> também entende que o termo deve ser compreendido em sentido mais amplo do que o de dar informação. “Deve incluir a possibilidade de o cidadão ter pleno conhecimento da informação que lhe diz respeito, inclusive aquela que não busca por não saber que existe”. Segundo o autor, “[...] na prática, isso inclui o estímulo a ser protagonista naquilo que lhe diz respeito, ter conhecimento de seus direitos, a orientação e o atendimento adequado”.

---

<sup>29</sup> MONTEIRO in DUARTE, 2009, p. 40.

<sup>30</sup> FREIRE, 1979, apud KUNSCH, 2009, p. 66.

<sup>31</sup> PERUZZO, 1982, apud KUNSCH, 2009, p. 447.

<sup>32</sup> MATOS in DUARTE, 2009, p. 53.

<sup>33</sup> DUARTE, J. Instrumentos de comunicação pública. In: DUARTE, J. (org.). **Comunicação Pública: Estado, Mercado, Sociedade e Interesse Público**, 2009, p. 64.

Ao tratar do conjunto de instrumentos de comunicação pública, Duarte<sup>34</sup> os divide em instrumentos de informação e instrumentos de diálogo. Os instrumentos de informação, segundo o autor, têm foco em subsídios, disponibilização e fornecimento de dados e orientações, ajudam a ampliar o conhecimento sobre um tema: relatórios, bancos de dados, publicações institucionais, iconografia, noticiário da imprensa, Internet, banners, quadros murais, publicidade, pôsteres, folhetos, cartazes, guias, boletins eletrônicos, cartas, manuais, malas diretas, discursos, eventos simbólicos.

Já os instrumentos de diálogo estabelecem instâncias de interação no âmbito de cooperação, compreensão mútua, acordos, consensos, encaminhamento na busca de soluções: fóruns de consulta, oficinas de mobilização social, grupos de trabalho, orçamento participativo, ouvidorias, conselhos, listas de discussão, comunidades de informação, teleconferências, redes de diferentes tipos, reuniões, mesas de negociação, câmaras técnicas, conselhos setoriais, eventos dirigidos, conselhos gestores, centrais e serviços de atendimento ao cidadão, agentes sociais, consultas públicas.

Dentre as diversas definições, ao tratar especificamente do caso brasileiro, Brandão<sup>35</sup> estabelece como ponto comum entre os conceitos de comunicação pública o fato de tratar-se de “[...] um processo comunicativo que se instaura entre o Estado, o governo e a sociedade com o objetivo de informar para a construção da cidadania”. É com este norte conceitual e a convicção já mencionada do que definitivamente não é comunicação pública que este artigo trabalha.

De volta à diferença da comunicação **feito de vitrine** para a comunicação “transmissão de poder social” sugerida por Fourez,<sup>36</sup> o que quer a Defensoria Pública da União? Apesar de o fortalecimento da imagem institucional ser legítimo em qualquer instituição (pública ou privada), este artigo pressupõe que a segunda perspectiva é prioritária na DPU. Mais do que uma escolha discricionária de qual caminho o gestor de comunicação deseja seguir, a prioridade para a operacionalização de uma comunicação pública de “transmissão de poder social” está vinculada à própria Lei Complementar nº 80, que, em seu artigo 4º, inciso III, inclui entre as atribuições do Órgão “[...] promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”. No mesmo sentido, soma-se ao dispositivo legal que cria a Defensoria Pública o primeiro

---

<sup>34</sup> DUARTE, J. Instrumentos de comunicação pública. In: DUARTE, J. (org.). **Comunicação Pública: Estado, Mercado, Sociedade e Interesse Público**, 2009, p. 65.

<sup>35</sup> BRANDÃO in DUARTE, 2009, p. 4.

<sup>36</sup> FOUREZ, 2005, apud MONTEIRO in DUARTE, 2009, p. 44.

Plano Estratégico do Órgão (2012-2015), ao estabelecer como missão “[...] garantir aos necessitados o conhecimento de seus direitos”.<sup>37</sup>

Por essa perspectiva, o fortalecimento da imagem institucional convive harmonicamente com a ideia central de uma comunicação voltada para o empoderamento social do assistido da Defensoria Pública da União por meio do conhecimento e da conscientização de seus direitos. Afinal, ao contrário de uma empresa comercial, o produto oferecido pela DPU já é um produto social, qual seja, a assistência jurídica integral e gratuita. Dessa forma, o atendimento à população não é uma estratégia de promoção social, mas a essência de sua atividade. A reflexão remete ao conceito de marketing social desenvolvido por Kotler e Roberto<sup>38</sup> e analisado por Miguel Fontes em **Marketing Social Revisitado**.

[...] no caso de uma empresa condicionar sua atuação social com o objetivo de agregar valor ao seu produto, ela não estará fazendo marketing social. Essa empresa continua desenvolvendo uma atividade puramente do marketing comercial, com uma estratégia de promoção social. [...] No entanto, com a constatação de que o produto social – representado por um conhecimento, atitude ou prática específica, – esteja sendo o único produto promovido pela empresa, então ela estará efetivando uma ação de marketing social.<sup>39</sup>

Débora Pinheiro<sup>40</sup> aborda um ponto fundamental: “[...] entender com clareza a quem está servindo e a quem deve servir é o primeiro passo. Assim, decisões editoriais das mais prosaicas são tomadas de maneira estratégica e não apenas tática ou, pior, sem critério”.

Seguindo tão somente a mesma lógica das assessorias de comunicação da iniciativa privada, focadas na instauração e na manutenção de uma imagem positiva de suas empresas e de seus assessorados, os assessores de comunicação pública descuidam de missões mais importantes,

---

<sup>37</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Plano Estratégico da Defensoria Pública da União: 2012-2015. Brasília, 2012, p. 19.

<sup>38</sup> ROBERTO, 1989, apud FONTES, 2002, p. 80.

<sup>39</sup> FONTES, M. **Marketing Social Revisitado**: novos paradigmas do mercado social. Florianópolis: Cidade Futura, 2001, p. 97.

<sup>40</sup> PINHEIRO, D. **Comunicação na administração pública federal**: práticas e desafios nas assessorias dos ministérios. Brasília, 2009, p. 78. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/29186009/Comunicacao-na-Administracao-Publica-Federal-praticas>><http://pt.scribd.com/doc/29186009/Comunicacao-na-Administracao-Publica-Federal-praticas-e-desafios-nas-assessorias-nos-Ministerios-e-desafios-nas-assessorias-nos-Ministerios>>.

que dizem respeito à transparência, à prestação de contas e ao amadurecimento da instituição enquanto parte de uma democracia em processo de consolidação. Descuidam portanto de seu papel mais importante, que não é o de “vender” uma imagem positiva do ministro ou do ministério, mas expor uma instituição pública de maneira a cumprir com seus compromissos no terreno da comunicação.<sup>41</sup>

Ao responder a quem se deve servir em relação à política pública de acesso integral e gratuito à justiça, executada pela Defensoria Pública da União, é coerente afirmar que a estrutura formal de Assessoria de Comunicação Social (Ascom), assim como os defensores públicos e todo o corpo de servidores da Instituição servem aos assistidos, aqueles sem condição de pagar pelos serviços de um advogado, sendo esse entendimento premissa para planejar a comunicação no órgão.

#### 4. O ATUAL ESTÁGIO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NA DPU

Carlos Matus, ao tratar do primeiro momento do planejamento estratégico situacional, o explicativo, problematiza o conceito de diagnóstico. No entendimento do autor, existem várias explicações da realidade do jogo social e essa variação se dá de acordo com quem explica:

A diferenciação das explicações abre o caminho do entendimento e aperfeiçoamento do confronto. Essa diferenciação explicativa não reside na realidade em si, mas em quem a explica. Mas, como a explicação motiva a ação e esta muda a realidade, toda a explicação é uma colaboração na construção do mundo. [...] Uma explicação situacional é apenas se há um ator ou jogador que se lhe identifica.<sup>42</sup>

Dessa forma, tudo o que será dito neste capítulo, será dito por alguém que se identifica e se assume como ator no jogo social do qual participa. O autor deste artigo é assessor-chefe

---

<sup>41</sup> PINHEIRO, D. **Comunicação na administração pública federal: práticas e desafios nas assessorias dos ministérios**. Brasília, 2009, p. 26.

<sup>42</sup> MATUS, C. O plano como aposta. In: GIACOMONI, J. & PAGNUSSAT, J. L. (orgs). **Planejamento e Orçamento Governamental**. Brasília, 2006, p. 125.

de Comunicação Social da DPU, com atividade na sede nacional do órgão, em Brasília. O exercício, a partir da explicitação de quem declara o problema, é fugir do conceito de diagnóstico que, segundo Matus, pressupõe uma explicação única supostamente objetiva, e, muitas vezes, sem autor reconhecível. No seu entendimento, essa visão, “[...] em vez de diferenciar as explicações dos diversos jogadores, combina-as, ou confunde-as numa só explicação genérica que não representa ninguém”.<sup>43</sup>

Com base no método do PES, este primeiro momento “[...] se refere à construção de explicações para fundamentar a própria ação e interferir e compreender a ação dos componentes”. Para Matus, “[...] a apreciação da situação conduz aos objetivos, e os objetivos à seleção de problemas e ao aprofundamento da explicação situacional”.<sup>44</sup>

Seguindo o roteiro feito por Kunsch a partir do estudo de Matus, nesse momento de explicação sobre o atual estágio da Comunicação Social na DPU, este trabalho tentará responder a partir do ponto de vista deste ator social as seguintes perguntas: (a) Qual é a realidade social com que se trabalha? (b) Quais são os “nós críticos” que afetam a eficácia da comunicação do grupo que está sendo estudado? (c) Quais as ameaças e oportunidades do ambiente externo? (d) Quais as limitações e as potencialidades do ambiente interno para alcançar os objetivos pretendidos?<sup>45</sup>

No que diz respeito à realidade social, às limitações e potencialidades do ambiente interno é preciso ressaltar que a Assessoria de Comunicação Social (Ascom) da DPU trabalha para levar o conhecimento dos direitos a grupos vulneráveis, como idosos; deficientes físicos; privados de liberdade; enfermos; população em situação de rua; refugiados; quilombolas; comunidades de terreiro; ciganos; escarpelados; hansenianos, dentre outros.

Para atingir esse público diverso, a Ascom é dividida, desde fevereiro de 2014, a partir da edição de novo regimento interno do Órgão, em duas coordenações: Imprensa e Publicidade. A Ascom é responsável pela criação de material gráfico, relacionamento com a mídia, produção de programa de rádio semanal e publicação de notícias para o site da Instituição. Dessa forma, conta apenas com instrumentos de informação e, mesmo assim, muitas vezes, informações de interesse mais institucional e corporativo que público.

---

<sup>43</sup> MATUS, C. O plano como aposta. In: GIACOMONI, J. & PAGNUSSAT, J. L. (orgs). **Planejamento e Orçamento Governamental**. Brasília, 2006, p. 125.

<sup>44</sup> Ibid, p. 141.

<sup>45</sup> KUNSCH, M. Planejamento e gestão das relações públicas comunitárias. In: KUNSCH, M, (org). **Relações Públicas: História, teorias e estratégias nas organizações contemporâneas**, 2009, p. 457.

Um nó crítico perceptível a partir dessa estrutura e da carta de serviços apresentada acima é como se relacionar com esse público heterogêneo. Não há na Defensoria Pública da União, de forma articulada, a via responsável pelo caminho de volta, ou seja, aquela que traz a informação do assistido para a Instituição. Não há participação popular na construção da política pública de acesso integral e gratuito à justiça - como ocorre na saúde, na educação e na assistência social, com a existência de conselhos, conferências estaduais e nacionais. A DPU não possui também uma ouvidoria, um canal aberto para receber reclamações sobre o atendimento prestado nas unidades.

Na questão da construção de um relacionamento com esses vários públicos, Kunsch chama atenção para a ausência de um trabalho articulado de relações públicas na maior parte dos setores de comunicação no serviço público. De acordo com a autora, “[...] é notório como o poder público subestima o potencial de relações públicas, priorizando a propaganda e a assessoria de imprensa, deixando de realizar ações comunicativas proativas e empreendedoras com vista ao desenvolvimento integral da sociedade”.<sup>46</sup> Ao definir o conceito de relações públicas comunitárias, Kunsch argumenta que “[...] as relações públicas comunitárias implicam sua participação ‘na’ comunidade, dentro dela e em função dela”.<sup>47</sup>

Outro aspecto relevante de lidar com grupos vulneráveis diz respeito à linguagem. Em **Sete Portas da Comunicação Pública**<sup>48</sup>, Maurício Lara destaca dois cuidados que se deve ter ao buscar ser bem sucedido no estabelecimento de uma linguagem que seja entendida pelo público da Instituição. O primeiro é que mudar o linguajar não significa mudar o discurso. O segundo reforça que a adequação da linguagem não pode ser confundida com pouco caso à inteligência das pessoas. De acordo com o autor, “[...] o desafio é falar com clareza para os diversos públicos”<sup>49</sup>. Essas orientações são especialmente válidas para o caso da DPU, ao considerar que se trata de órgão jurídico com a missão de se fazer entender por um público sem nenhum conhecimento formal em Direito. O esforço cotidiano envolve falar sobre Direito sem cair no **juridiquês**, compreendido apenas pelos iniciados no assunto.

Ao partir do pressuposto de que a explicação envolve a Ascom e não a DPU como um todo, a principal ameaça externa, apesar de interna ao Órgão, diz respeito à falta de alinhamento da estrutura e do trabalho de comunicação nas unidades da Defensoria

---

<sup>46</sup> KUNSCH, M. Planejamento e gestão das relações públicas comunitárias. In: KUNSCH, M, (org). **Relações Públicas: História, teorias e estratégias nas organizações contemporâneas**, 2009, p. 448.

<sup>47</sup> KUNSCH, M. Planejamento e gestão das relações públicas comunitárias. In: KUNSCH, M, (org). **Relações Públicas: História, teorias e estratégias nas organizações contemporâneas**, 2009, p. 443.

<sup>48</sup> LARA, M. **As Sete Portas da Comunicação Pública**, 2003.

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 79.

no Brasil. A construção da estrutura de Comunicação Social se deu sem normativos definidos. As assessorias locais surgiram vinculadas aos defensores chefes nos estados, sem articulação com o órgão administrativo central, num contexto institucional de grande autonomia em relação à sede.

A baixa governança da Ascom da sede nacional do órgão em relação às ações de comunicação executadas pelo país evidencia descompasso entre os 15 jornalistas distribuídos em 12 das 64 unidades da DPU. Isso porque os jornalistas lotados nas unidades respondem a um duplo comando hierárquico, dividido entre as orientações técnicas oriundas da Ascom da sede e as tarefas administrativas passadas pelo defensor público-chefe local. Em ao menos cinco unidades o problema ainda é mais crítico, tendo em vista que possuem núcleos de Comunicação Social compostos por servidores de outras áreas e estagiários subordinados diretamente ao chefe local, sem relação com a sede.

Por outro lado, uma oportunidade externa é a possibilidade de pensar a comunicação pública de forma mais ampla que a **caixinha** Ascom no organograma institucional. A criação de uma ouvidoria e a padronização do atendimento ao público, por exemplo, são indispensáveis para a elaboração de uma política de comunicação pública efetiva. Afinal, o atendimento realizado nas 64 unidades da DPU é o primeiro contato direto das pessoas com o Órgão e fundamental para posterior assistência jurídica integral e gratuita prestada pelos defensores públicos federais.

É no atendimento que se concretiza o principal desafio da DPU: transformar uma demanda expressa, muitas vezes, de forma confusa, por um cidadão de baixa escolaridade, numa pretensão jurídica. O cenário exige do atendente habilidades que, guardadas as diferenças de propósito, assemelham-se ao trabalho de apuração e reportagem de jornalistas. Entrevistar, ouvir e registrar para depois escrever um texto de forma clara, objetiva e coesa é fundamental tanto para uma matéria jornalística como para a construção das centenas de narrativas incluídas diariamente no sistema E-Paj (Processo de Assistência Jurídica).<sup>50</sup>

Cabe citar Mintzberg sobre o papel das pessoas nas organizações. Para ele, “[...] uma organização sem comprometimento humano é como uma pessoa sem alma; ossos, carne

---

<sup>50</sup> O Processo Eletrônico de Assistência Jurídica (E-Paj) é o principal sistema da Defensoria Pública da União. Nele são registrados todos os atendimentos realizados pelo órgão. A partir da narrativa produzida pelo atendente e incluída no E-Paj durante conversa de balcão com o assistido que os defensores públicos federal tomam conhecimento dos casos em que atuarão, de acordo com o ofício em que estão lotados (previdenciário, cível, criminal, criminal militar).



e sangue sem impulso vital. Os governos precisam desesperadamente de impulso vital.”<sup>51</sup>

É no atendimento ao público também, por meio do diálogo com o cidadão sobre os seus direitos, que se efetiva a comunicação pública. Conforme sustenta Graça França Monteiro<sup>52</sup>, “[...] na comunicação pública, o RECEPTOR é a um só tempo: cliente, consumidor, contribuinte, eleitor, voluntário, em suma: cidadão. E, como, tal, tem direitos e trata de exercê-los”.

Seria ingênuo acreditar que o presente exercício de explicar o atual estágio da Comunicação Social na DPU esgota de alguma maneira as inúmeras variáveis que devem ser consideradas para a realização de um plano estratégico confiável.

Como o próprio Matus defende:

A planificação situacional, em síntese, diz-nos que nunca se governa com total governabilidade do sistema e total capacidade de governo. [...] Essas limitações nos impõem abandonar o delineamento determinístico sobre o futuro e adotar formas de delineamento mais flexíveis. Em outras palavras, devemos substituir o cálculo determinístico pelo cálculo interativo e a fundamentação de apostas em contextos explícitos. Esses contextos explícitos são cenários possíveis do plano.<sup>53</sup>

No mesmo sentido, Matus defende, e este estudo corrobora, que “[...] nenhuma técnica de planificação é segura diante da incerteza do mundo real e devemos nos apoiar em nossa capacidade para acompanhar a realidade”.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> MINTZBERG, H.; AHLSTRAND, B.; LAMPEL, J. **Safári de estratégia**: Um roteiro pela selva do planejamento estratégico. 2.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 157.

<sup>52</sup> MONTEIRO in DUARTE, 2009, p. 41.

<sup>53</sup> MATUS, C. O plano como aposta. In: GIACOMONI, J. & PAGNUSSAT, J. L. (orgs). **Planejamento e Orçamento Governamental**. Brasília, 2006, p. 130.

<sup>54</sup> MATUS, C. O plano como aposta. In: GIACOMONI, J. & PAGNUSSAT, J. L. (orgs). **Planejamento e Orçamento Governamental**. Brasília, 2006, p. 139.

## 5. CONCLUSÃO

A DPU trabalha com o número de 142 milhões potenciais assistidos. Numa razão simplificadora, de divisão do número potencial por atendimentos realizados em 2013 (683 mil), pode-se concluir que a Instituição atingiu apenas 0,48% do seu público potencial. É possível buscar diferentes explicações para esse desconhecimento sobre os serviços do Órgão.

O trabalho realizado nesta pesquisa, amparado pelo contexto em que está inserida a DPU, a discussão sobre o conceito de comunicação pública e o exercício de explicar o atual momento da Comunicação Social na Defensoria leva a uma interpretação dessa equação por outra perspectiva. A pergunta não seria como fazer para aumentar o número de assistidos que procuram atendimento da DPU, mas sim como a Comunicação Social pode contribuir para fazer com que a DPU encontre, estabeleça relações continuadas e cumpra sua missão de levar aos necessitados o conhecimento dos seus direitos. A principal reflexão sobre a necessidade de se buscar uma comunicação de fato pública na DPU é entender que o caminho é inverso, ainda mais quando se trata de grupos vulneráveis.

Não há número mágico: 142 milhões ou 683 mil assistidos. É preciso deixar o número em segundo plano e procurar os públicos de forma ativa: moradores de rua, quilombolas, comunidades tradicionais, hansenianos, escarpelados, refugiados, moradores de favela, sem teto. Aqui se fala de gente. Não são números passivos a se aguardar no balcão de atendimento. Muitos desses públicos são organizados, possuem lideranças. É preciso estreitar os laços com os representantes desses grupos vulneráveis. Ouvi-los.

O duplo aspecto da comunicação pública citado por Duarte (2009), o de informação e o de diálogo, deve pautar um plano estratégico para que a Assessoria de Comunicação Social da Defensoria Pública da União exerça uma comunicação de fato pública, capaz de garantir aos necessitados o conhecimento dos seus direitos.

Para tanto, é necessário debruçar-se sobre a necessidade de planejar as ações de Comunicação Social da Instituição. Se, com um plano estratégico definido, o desafio de garantir aos necessitados o conhecimento dos seus direito é complexo – tendo em vista as dimensões do Brasil, o imenso público potencial da DPU, a vulnerabilidade e a heterogeneidade desse público – sem um plano, com o trabalho diário dependente da intuição e imerso em sucessivas improvisações, torna-se inviável medir qualquer avanço nos objetivos de comunicação do Órgão. “Se não pensamos na grande estratégia, estamos condenados a ser

seguidores e a ficar sempre atrás dos que abrem o caminho que seguimos”.<sup>55</sup>

## REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: Entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (organizadores). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2004. p. 99.

Conceito de comunicação pública. In: DUARTE, Jorge (org.). **Comunicação Pública: Estado, Mercado, Sociedade e Interesse Público**. São Paulo: Atlas, 2009. p.1-33.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BRASIL. Lei Complementar n.º 80 de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 1994.

BRASIL. Lei n.º 9.020 de 1995. Dispõe sobre a implantação, em caráter emergencial e provisório, da Defensoria Pública da União e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 1995.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45 de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 2004.

BRASIL. Lei Complementar n.º 132 de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 2009.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 74 de 2013. Altera o art. 134 da Constituição

---

<sup>55</sup> MATUS, C. O plano como aposta. In: GIACOMONI, J. & PAGNUSSAT, J. L. (orgs). **Planejamento e Orçamento Governamental**. Brasília, 2006, p. 143.

Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 2013.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 80 de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Brasília, 2014.

CÓRDOVA, Haman. **Os 18 anos de assistência jurídica integral e gratuita**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-16/haman-tabosa-dpu-18-anos-assistencia-juridicaintegral-gratuita>>. Acesso em: 26 set./2014.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Plano Estratégico da Defensoria Pública da União: 2012-2015. Brasília, 2012. 36p.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Assistência Jurídica Integral e Gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União. Brasília, 2014. 75p. Disponível em: [http://www.dpu.gov.br/images/stories/arquivos/PDF/mapa\\_dpu.pdf](http://www.dpu.gov.br/images/stories/arquivos/PDF/mapa_dpu.pdf).

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Quadro de Atendimentos a Assistidos - Exercício de 2013. Disponível em: [http://www.dpu.gov.br/images/stories/documentos/estatistica/2013/Quadro\\_Atendimentos\\_Assistidos\\_Proc\\_Judiciais\\_2013\\_DEZ.pdf](http://www.dpu.gov.br/images/stories/documentos/estatistica/2013/Quadro_Atendimentos_Assistidos_Proc_Judiciais_2013_DEZ.pdf).

DUARTE, J. Instrumentos de comunicação pública. In: DUARTE, J. (org.). **Comunicação Pública: Estado, Mercado, Sociedade e Interesse Público**. São Paulo: Atlas, 2009. p.59-71.

FONTES, M. **Marketing Social Revisitado: novos paradigmas do mercado social**. Florianópolis: Cidade Futura, 2001.

GOMES, W. Esfera pública política e comunicação. In: GOMES, W.; MAIA, R. Comunicação e democracia – Problemas & perspectivas. São Paulo: Paulus, 2008. p.69-115.

HABERMAS, J. **Três modelos normativos de democracia**. Lua Nova, São Paulo, n° 36, 1995. p. 39-p. 53.

KUNSCH, M. **Planejamento e gestão das relações públicas comunitárias**. In: KUNSCH, M, (org). Relações Públicas: História, teorias e estratégias nas organizações contemporâneas. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 435-464.

LARA, M. **As Sete Portas da Comunicação Pública**. Belo Horizonte: Gutenberg, 2003.

MATOS, H. **Comunicação pública, esfera pública e capital social**. In: DUARTE, J. (org.). *Comunicação Pública: Estado, Mercado, Sociedade e Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 47-58.

MATUS, C. O plano como aposta. In: GIACOMONI, J. & PAGNUSSAT, J. L. (orgs). *Planejamento e Orçamento Governamental*. Brasília: Enap, coletânea, volume 1, 2006. p. 115-144.

MINTZBERG, H.; AHLSTRAND, B.; LAMPEL, J. **Safári de estratégia** – Um roteiro pela selva do planejamento estratégico. 2.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. 392p.

MONTEIRO, G. F. A singularidade da comunicação pública. In: DUARTE, J. (org.). *Comunicação Pública: Estado, Mercado, Sociedade e Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34-46.

PINHEIRO, D. **Comunicação na administração pública federal**: práticas e desafios nas assessorias dos ministérios. Brasília, 2009. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/29186009/Comunicacao-na-Administracao-Publica-Federal-praticas>[http://pt.scribd.com/doc/29186009/Comunicacao-na-Administracao-Publica-Federal-praticas-e-desafios-nas-assessorias-nos-Ministeriose-desafios-nas-assessorias-nos-Ministerios\\_](http://pt.scribd.com/doc/29186009/Comunicacao-na-Administracao-Publica-Federal-praticas-e-desafios-nas-assessorias-nos-Ministeriose-desafios-nas-assessorias-nos-Ministerios_)

VIANNA, Luis Werneck (2007). Dezesete anos de judicialização da política. In: *Tempo Social*. Vol. 19 (2). São Paulo, Nov. 2007. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2014.

SERVIÇO SOCIAL E DEFENSORIA  
PÚBLICA: A EXPERIÊNCIA DE ESTÁGIO  
SUPERVISIONADO NA DEFENSORIA  
PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

*Naiara Ramos Souza*

*SOCIAL WORK AND PUBLIC DEFENSE: THE  
SUPERVISED INTERNSHIP EXPERIENCE AT THE  
FEDERAL PUBLIC DEFENDER OFFICE IN BAHIA*



# SERVIÇO SOCIAL E DEFENSORIA PÚBLICA: A EXPERIÊNCIA DE ESTÁGIO SUPERVISIONADO NA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

*SOCIAL WORK AND PUBLIC DEFENSE: THE SUPERVISED INTERNSHIP EXPERIENCE AT THE FEDERAL  
PUBLIC DEFENDER OFFICE IN BAHIA*

*Naiara Ramos Souza*

*(Graduanda em Serviço Social – Universidade Federal da Bahia – UFBA).*

## RESUMO

O presente trabalho se insere na experiência de Estágio Supervisionado em Serviço Social na Defensoria Pública da União na Bahia, tendo o objetivo de promover a articulação teórico-prática com vistas à proposição de projetos de intervenção utilizando estratégias de investigação com base nas análises decorrentes da reflexão sobre o espaço sócio-ocupacional. A partir disso, veio à tona os questionamentos percebidos na instituição que poderiam ser objeto de intervenção, a fim de tornar possível desvendar o aparente, a realidade concreta, para atuar na busca pela compreensão e modificação da essência, com o intuito de intervir na realidade abstrata que apreende o trabalho desenvolvido pelo Serviço Social. Assim, tendo em vista as questões problematizadas e o embasamento através do referencial teórico fundamentado, este artigo passou a ser formulado.

**Palavras-chave:** Assistência Jurídica. Direitos Humanos. Assistente Social. Acesso à Justiça.

## ABSTRACT

This work is part of the supervised internship experience in Social Work in the Union of the Public Defender in Bahia, with the aim of promoting the theoretical and practical cooperation with a view to proposing intervention projects using research strategies based on the analysis based reflection on the socio-occupational space. From this it came to light the questions perceived the institution that could be the object of intervention in order to make it possible to unravel the apparent, the concrete reality, to act in seeking to



understand and change the essence, in order to intervene in the reality Abstract seizing the work of the Social Service. Thus, in view of the issues and problematized the basement through reasoned theoretical framework, this article was to be formulated.

**Keywords:** Legal Aid. Human Rights. Social Worker. Access to Justice.

Data de submissão: 27/02/2015.

Data de aceitação: 03/07/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O SERVIÇO SOCIAL ENQUANTO PROFISSÃO INTERVENTIVA. 3 O SERVIÇO SOCIAL NO CAMPO SOCIOJURÍDICO. 4 A ATUAÇÃO DO SERVIÇO SOCIAL NA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA. 5 EXPRESSÕES DA QUESTÃO SOCIAL E A POPULAÇÃO USUÁRIA. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

### 1. INTRODUÇÃO

O processo histórico brasileiro possibilitou a inserção do Serviço Social nas relações sociais devido às contradições impulsionadas pelo desenvolvimento capitalista no país, as quais envolviam os cidadãos em dificuldades pertinentes, necessitando-se assim, de um profissional para orientar e lutar na garantia de direitos, combatendo as desigualdades e injustiças sociais.

Segundo Reinaldo Pontes, “O Serviço Social, entendido na sua dimensão social, é uma profissão interventiva, ou seja, suas ações forçosamente se colocam diante de problemas

reais que demandam soluções objetivas”,<sup>1</sup> mostrando como este profissional procura investigar as demandas postas pela sociedade para desenvolver suas ações através de conhecimentos adquiridos e habilidades desenvolvidas frente a realidade social em estudo, o que favorece a efetivação de uma intervenção diferenciada ao lidar com as expressões da questão social.

Posto isso, é perceptível a importância de discutir o que está posto no espaço sócio-ocupacional em que se configura o trabalho do Serviço Social da Defensoria Pública da União na Bahia com o intuito de abordar as contradições nas quais a assistente social e a estagiária se inserem nesse processo e, principalmente, evidenciar a necessidade de proporcionar valorização e melhores condições para viabilizar a efetivação do exercício profissional na instituição.

## 2. O SERVIÇO SOCIAL ENQUANTO PROFISSÃO INTERVENTIVA

Reinaldo Pontes caracteriza a inserção da profissão na mediação como uma forma de se entender melhor as questões humanas nas quais o assistente social está submetido. Ele afirma que “é legítimo inferir que o recurso à categoria de mediação no Serviço Social favoreceu uma apreensão mais próxima do movimento da totalidade social do objeto de intervenção profissional [...]”<sup>2</sup>, o que a torna uma profissão mais completa ao desenvolver suas ações direcionadas aos sujeitos sociais:

É na superfície da singularidade que se expressa a prática profissional. No plano da imediaticidade, as determinações e as mediações que dão sentido e concretude ao campo de intervenções profissionais, está subsumida a positividade dos fatos [...].  
[...] a atitude investigativa torna possível a superação da visão pragmática na ação profissional, centrada na imediaticidade dos fatos e que privilegia sequências empíricas. Além disso, no exercício profissional do AS, a atitude investigativa desmistifica o fato de que só fazem ciência ou só agem cientificamente aqueles que têm o privilégio

---

<sup>1</sup> PONTES, R. N. **Mediação e serviço social**: um estudo preliminar sobre a categoria teórica e sua apropriação pelo serviço social, 1997, p. 16

<sup>2</sup> PONTES, R. N. **Mediação e serviço social**: um estudo preliminar sobre a categoria teórica e sua apropriação pelo serviço social, 1997, p. 167.

de construir o saber, ou seja, os assistentes sociais que estão inseridos nas academias como docentes e pesquisadores, uma vez que tal atitude propicia desvendar, pelas mediações, a realidade aparente.<sup>3</sup>

Visando romper com essa imediatividade apresentada por Pontes e Fraga, Yolanda Guerra discute a instrumentalidade do Serviço Social como uma propriedade e/ou capacidade que a profissão adquire ao concretizar objetivos, possibilitando que o assistente social objetive sua intencionalidade em respostas profissionais:

[...] É por meio desta capacidade, adquirida no exercício profissional, que os assistentes sociais modificam, transformam, alteram as condições objetivas e subjetivas e as relações interpessoais e sociais existentes num determinado nível da realidade social: no nível do cotidiano. [...] a instrumentalidade é tanto condição necessária de todo trabalho social quanto categoria constitutiva, um modo de ser, de todo trabalho.<sup>4</sup>

O instrumental técnico do Serviço Social se constitui pelo conjunto de ações e procedimentos que visa determinada finalidade e a avaliação sobre tais finalidades e objetivos da ação, sendo necessário entender o espaço onde o exercício profissional se realiza, as demandas apresentadas pelos usuários e as políticas sociais da organização, dando subsídio a intervenção do assistente social articulada ao conhecimento e habilidades da profissão (dimensão teórico-metodológica) e aos princípios éticos (dimensão ético-política) que norteiam a ação profissional (dimensão técnico-operativa).

Se são os objetivos profissionais (construídos a partir de uma reflexão teórica, ética e política e um método de investigação) que definem os instrumentos e técnicas de intervenção (as metodologias de ação), conclui-se que essas metodologias não estão prontas e acabadas. Elas são necessárias em qualquer processo racional de intervenção, mas elas são construídas a partir das finalidades estabelecidas no planejamento da ação realizado pelo Assistente Social. Primeiro, ele define **'para que fazer'**, para depois se definir **'como fazer'**. [...].<sup>5</sup>

Para isso, este profissional precisa ter em mente quem são os sujeitos a serem abordados e quais são os objetivos propostos para essa intervenção, para assim, determinar os instrumentos técnico-operativos a serem utilizados, como a observação, a entrevista, a

---

<sup>3</sup> FRAGA, C. K. A atitude investigativa no trabalho do assistente social. In: **Serv. Soc. Soc.**, 101. 2010, p. 53.

<sup>4</sup> GUERRA, Y. (2007). A instrumentalidade no trabalho do assistente social. In: **Simpósio Mineiro de Assistentes Sociais** / Conselho Regional de Serviço Social de Minas Gerais (Eds), 2007, p. 2.

<sup>5</sup> SOUSA, C. T. A prática do assistente social: conhecimento, instrumentalidade e intervenção profissional. In: **Revista Emancipação**, 8, 2008, p. 124. (grifos do autor).

visita domiciliar e a análise documental, entre outros constantes no instrumental técnico do Serviço Social, procurando obter clareza e objetividade ao responder às necessidades sociais.

O assistente social deve buscar conhecimento fundamentado nas relações sociais existentes no meio a ser estudado, bem como as relações de trabalho, as quais interferem diretamente na sociabilidade do homem que trabalha para garantir a sua sobrevivência, a fim de perceber as possibilidades de intervenção no tocante à redução da desigualdade, orientando o indivíduo e buscando os meios necessários para auxiliá-lo na sua busca pela emancipação política e social. Desta forma, o profissional precisa ser capaz de compreender a realidade social do indivíduo para propor políticas ao enfrentar os condicionantes que norteiam a situação emergente.

O Serviço Social procura adaptar-se às novas demandas que surgem na sociedade, inserindo-se num contexto em que a sua atuação contribua pertinentemente para o desenvolvimento social:

A particularidade histórico-social da profissão representa o alcance de um complexo processo de análise-síntese do movimento do modo de ser mesmo da profissão na estrutura social. Significa conjugar a dimensão da singularidade, com a universalidade, para se construir a particularidade. No plano da singularidade, comparecem as formas existenciais irrepitíveis do fazer profissional no cotidiano sócio institucional em que os sujeitos estão imersos na repetitividade e heterogeneidade da vida cotidiana. Na dimensão da universalidade, o fazer profissional é projetado nas leis sociais tendenciais e universais que regem a sociedade, e encontram o sentido de sua inserção histórico-social.<sup>6</sup>

A forma de atuação do assistente social se dá a partir da avaliação da complexidade em questão, na qual o profissional deve ter habilidade para desenvolver estratégias e organizar projetos que auxiliem no planejamento de intervenção ao implantar práticas fundamentais na readequação da questão social:

É na superfície da singularidade que se expressa a prática profissional. No plano da imediatez, as determinações e as mediações que são sentido e concretude ao campo de intervenções profissionais, está subsumida a positividade dos fatos. Tomando, para efeito de configurar

---

<sup>6</sup> PONTES, R. N. **Mediação e serviço social**: um estudo preliminar sobre a categoria teórica e sua apropriação pelo serviço social. 2ª Ed.. São Paulo-SP. Cortez Ed, 1997, p. 164.

teoricamente a emergência das demandas sócio-profissionais[*sic*], o traço predominante nos campos requisitantes da ação profissional do assistente social, a subalternidade técnica e política, o referido quadro de determinações acima citado fica oculto por relações típicas das relações cotidianas da burocracia constitucional.<sup>7</sup>

O perfil do profissional de Serviço Social está diretamente ligado a sua capacidade de investigar para averiguar as possibilidades visando a inserção no processo de transformação social. Conhecer e encarar a realidade como um desafio é imprescindível para guiar o fazer profissional, trabalhando-se a relação teoria-prática, na qual ações são planejadas para que se alcance o objetivo almejado no enfrentamento da questão:

O Serviço Social é assim reconhecido como uma **especialização do trabalho**, parte das relações sociais que fundam a sociedade do capital. [...] Reafirma-se a ‘questão social’ como **base de fundação sócio-histórica da profissão**, salientando as respostas do **Estado, do empresariado e as ações das classes trabalhadoras no processo de constituição, afirmação e ampliação dos direitos sociais**. [...]<sup>8</sup>

### 3. O SERVIÇO SOCIAL NO CAMPO SOCIOJURÍDICO

O termo **campo sociojurídico** para o Serviço Social passou a ser utilizado a partir da publicação da edição especial número 67 da Revista Serviço Social & Sociedade sobre temas sociojurídicos, em setembro de 2001, referindo-se ao trabalho dos assistentes sociais nas áreas judiciária e penitenciária. Além disso, os organizadores do 10º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais, onde ocorreu o lançamento da referida edição da Revista, no Rio de Janeiro, pensaram em criar uma sessão temática do evento para atrair os profissionais que trabalham nos espaços sócio-ocupacionais que se relacionam com o universo jurídico, elaborando-se uma agenda de compromissos para esta área, o que se expandiu, também, a partir de 2002, para os Conselhos Regionais de Serviço Social que passaram a formar Comissões Sociojurídicas para discutir sobre a atuação profissional

---

<sup>7</sup> PONTES, R. N. **Mediação e serviço social**: um estudo preliminar sobre a categoria teórica e sua apropriação pelo serviço social. 2ª Ed.. São Paulo-SP: Cortez Ed, 1997, p. 167.

<sup>8</sup> IAMAMOTO, M. V. O Serviço Social na cena contemporânea. In: Conselho Federal de Serviço Social & Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social (Eds.). **Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais**. Brasília-DF: CFESS/ABEPSS, 2009, p. 13. (grifos do autor)

e as condições de trabalho dos assistentes sociais no Tribunal de Justiça, no Ministério Público, na Defensoria Pública e no Sistema Penitenciário.

Em 2003, o Conselho Federal de Serviço Social – CFESS organizou o livro “O estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos: contribuição ao debate no judiciário, penitenciário e na previdência social”, o qual foi lançado pela Cortez Editora. Eunice Fávero, no referido livro, ao propor uma discussão sobre os fundamentos e particularidades da construção do estudo social na Área Judiciária, afirma que:

Ainda que o meio sócio-jurídico[sic], em especial o judiciário, tenha sido um dos primeiros espaços de trabalho do assistente social, só muito recentemente é que particularidades do fazer profissional nesse campo passaram a vir a público como objeto de preocupação investigativa. Tal fato se dá por um conjunto de razões, das quais se destacam: a ampliação significativa de demanda de atendimento e de profissionais para a área, sobretudo após a promulgação do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente; a valorização da pesquisa dos componentes dessa realidade de trabalho, inclusive pelos próprios profissionais que estão na intervenção direta; e, em consequência, um maior conhecimento crítico e valorização, no meio da profissão, de um campo de intervenção historicamente visto como espaço tão somente para ações disciplinadoras e de controle social, no âmbito da regulação caso a caso. Alia-se a isso o compromisso de parcela significativa da categoria com ações na direção da ampliação e garantia de direitos, e na provocação de alteração nas práticas sociais; além dessas razões, há o crescimento do debate político a respeito dos interiores do sistema penitenciário, do sistema judiciário e do complexo de organizações que têm suas ações voltadas para o atendimento de situações permeadas pela violência social e interpessoal – cada vez mais presentes no cotidiano de trabalho do assistente social.<sup>9</sup>

No Encontro Nacional CFESS-Cress de 2003, realizado em Salvador-BA, foi deliberada a realização do I Encontro Nacional do Serviço Social no Campo Sociojurídico para o ano de 2004 em Curitiba-PR. Este último, segundo Borgianni,<sup>10</sup> “foi então de grande importância, não só por seu pioneirismo, mas pela qualidade da contribuição trazida pelas reflexões de assistentes sociais da área e de palestrantes bastante próximos da temática”, levando-se à deliberação da organização do II Seminário do Serviço Social no Campo

---

<sup>9</sup> FÁVERO, E. T. Estudo Social - fundamentos e particularidades de sua construção na área judiciária. In: Conselho Federal de Serviço Social (Ed.). In: **O estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos: combate ao debate no Judiciário, Penitenciário e Previdência Social** (8ª Ed.). São Paulo-SP: Cortez Ed., 2008, p. 10-11.

<sup>10</sup> BORGIANNI, Elisabete. Para entender o Serviço Social na área sociojurídica. In: **Revista Serviço Social & Sociedade**, 2013, p. 410-411.

Sociojurídico, realizado em 2009 em Cuiabá-MT, e tantos outros eventos realizados no Brasil com o propósito de discutir esta temática:

Essa, digamos, ‘percepção’ dos assistentes sociais brasileiros de que era necessário olhar com mais cuidado e profundidade para os desafios que estão postos aos que atuam na área sociojurídica — à qual a revista **Serviço Social & Sociedade**, bem como o conjunto CFESS/Cress conseguiram captar e dar voz —, é tributária do próprio movimento da história recente em nosso país, que engendrou tanto uma crescente **judicialização** dos conflitos sociais, quanto a **justiciabilidade** dos direitos sociais [...].<sup>11</sup>

Partindo desse ponto, vê-se a necessidade de entender como o trabalho deste profissional é desenvolvido diante das demandas existentes na Defensoria Pública da União na Bahia, ponto este que será abordado a seguir.

#### 4. A ATUAÇÃO DO SERVIÇO SOCIAL NA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

A Defensoria Pública da União (DPU) é um órgão autônomo, criado por meio da Lei Complementar nº 80/94, sofrendo alteração com a Lei Complementar 132/09 que a tornou uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tendo como perspectiva “defender os direitos de todos que necessitem, onde quer que se encontrem, firmando-se como instrumento de transformação social e referência mundial em prestação de assistência jurídica gratuita”.

A missão da instituição é “garantir aos necessitados o conhecimento e a defesa de seus direitos”, tendo como valores a prevalência do interesse do assistido, a responsabilidade social, a unicidade, a humanização, o respeito, o comprometimento, a proatividade, o profissionalismo, a impessoalidade, a qualidade, a extrajudicialidade, a transparência e a eficiência.

A Defensoria Pública da União na Bahia conta, atualmente, com 20 Defensores Públicos

---

<sup>11</sup> BORGIANI, Elisabete. Para entender o Serviço Social na área sociojurídica. In: **Revista Serviço Social & Sociedade**, 2013, p. 412. (grifo do autor).

Federais, os quais atuam, no âmbito da Justiça Federal, articulados ao trabalho de outros profissionais da instituição alocados nos setores do Atendimento Inicial, Atendimento de Retorno, Núcleo Social, Serviço Social, Administração, Cartório, Assessoria Jurídica, Assessoria de Comunicação, Recursos Humanos e Informática, incluindo diversos funcionários terceirizados e estagiários de Direito, Administração, Serviço Social, Comunicação Social, Ciências Sociais, Sistema da Informação e Ensino Médio, que prestam assistência jurídica integral e gratuita, assistência extrajudicial para resolução de conflitos e assistência jurídica consultiva e preventiva aos cidadãos hipossuficientes.

O setor de Serviço Social da Defensoria Pública da União na Bahia é composto por uma assistente social e uma estagiária, as quais atuam com o objetivo de humanizar o atendimento prestado aos assistidos, realizar encaminhamentos, orientando os cidadãos quanto à busca por seus direitos, e assessorando outros profissionais da instituição, especialmente os Defensores, além de manter um servidor terceirizado que dá suporte na continuidade das atividades em turno oposto.

O Serviço Social da DPU/BA fica encarregado de atender as demandas da área de saúde, como questões de medicamentos ou tratamentos de alto custo, marcação de exames e problemas relacionados a planos de saúde, quando solicitado pelos Defensores Públicos Federais e/ou pelo setor de Atendimento Inicial. Este último, recorre ao Serviço Social para que o setor tenha ciência da situação a fim de averiguar a necessidade de realizar possíveis encaminhamentos.

Os Defensores interagem com o setor ao solicitar que o assistido seja orientado a buscar o seu feito pela via administrativa, entrar em contato com o assistido ou seu representante para requisitar receita médica, relatório médico ou qualquer documento pertinente ao caso, como orçamento de medicamentos e tratamentos, comunicar a marcação de perícia médica requisita pelo Juiz e decisão judicial, assim como acompanhar se esta última está sendo efetivada para que seja peticionado caso haja o descumprimento.

A assistente social, assim como a estagiária sob supervisão, realiza atendimento social ao assistido e/ou seu representante, presencialmente e por telefone, encaminhamento às redes de serviços socioassistenciais, visita domiciliar para comprovação de hipossuficiência e visita institucional para conhecer a realidade de outra instituição com a qual faz contato frequentemente ou para conhecer a situação por qual passa o assistido em questão. No entanto, as atividades desenvolvidas no Setor, muitas vezes, se tornam repetitivas ao se limitar em cobranças de documentos que foram solicitados, como relatórios médicos,



orçamentos e certidões de óbito.

No mês de julho do ano de 2014, foram registrados 480 contatos internos e externos realizados pelo setor. Em agosto do mesmo ano, os registros contabilizados aumentaram para 612, e em setembro, este número foi ampliado para 685, alcançando em outubro 675, referentes aos contatos efetivados durante o exercício profissional. Demonstra-se, assim, a excessiva carga de trabalho que está posta para o setor, o que evidencia o processo de precarização que emerge para a profissão na instituição.

A atuação do Serviço Social da Defensoria Pública da União na Bahia não se dá somente entorno do cumprimento de despachos dos Defensores Públicos Federais, mas também em assumir o papel de acompanhar os processos, bem como a situação dos assistidos, e buscar possíveis alternativas para efetivar a garantia de direitos sociais, o que se configurou na alteração dos trâmites processuais em demandas de saúde, as quais passaram a ser analisadas pelo Serviço Social antes de chegar ao conhecimento dos Defensores titulares. Isso se deve ao reconhecimento de alguns trabalhadores da instituição sobre a competência profissional, a qual conquistou o espaço sócio-ocupacional para garantir e potencializar a relativa autonomia no exercício da profissão. Paralelamente, se confirma o compromisso do Serviço Social com a classe trabalhadora em prol da coletividade, já que os assistidos são encaminhados a tentar assegurar o seu direito através do Sistema Único de Saúde, tentando evitar, assim, a judicialização do direito à saúde.

## **5. EXPRESSÕES DA QUESTÃO SOCIAL E A POPULAÇÃO USUÁRIA**

As demandas que chegam à instituição são diretamente ligadas a usuários provenientes da classe social de baixa renda, fator este condicionante para a concessão da assistência jurídica integral e gratuita, devendo ser comprovada a sua hipossuficiência. Muitos dos usuários, por sua carência socioeconômica, tem dificuldades de comparecer na instituição por haver gastos com o transporte ao se deslocar de sua residência, esta, na maioria das vezes, muito distante da DPU/BA, a qual fica localizada em uma área da cidade na qual os moradores da região tem uma melhor qualidade de habitação.

Aliados à carência socioeconômica, os problemas relacionados à saúde dos cidadãos são

bastante apresentados na instituição, assim como a precariedade da oferta de serviços públicos de saúde na cidade de Salvador e no interior do estado da Bahia, fazendo com que muitas vezes os assistidos relatem a baixa expectativa de vida e as futuras limitações devido ao déficit que assola a sua condição vivenciada cotidianamente.

Com baixa frequência, porém, obtendo importância ao ser mencionadas, surgem pessoas com transtorno mental ou dependência de drogas, os quais não reconhecem os seus problemas e, conseqüentemente, não são acompanhados por profissional especializado para realizar o devido tratamento ao seu caso.

Em alguns casos, é perceptível o abandono da família perante a carência (afetiva, inclusive) do usuário, que, aparece desacompanhado, precisando do auxílio de algum funcionário ao se locomover para ser atendido. Além disso, ao tentar entrar em contato por telefone, ocasionalmente, não há um representante que possa dar assistência e/ou comparecer para atendimento na tentativa de acompanhar o assistido em sua busca pela efetivação de seus direitos.

Daniel Mourgues Cogoy, em sua publicação na Revista n.º 5 da Defensoria Pública da União, esclarece acerca da **Educação para os direitos** como um papel fundamental na atuação das Defensorias Públicas brasileiras. Leia-se:

Quando se fala em ‘Educação para os Direitos’, deve-se ter em mente, primeiramente, que o comando constitucional previsto no art. 5.º, LXXV, da CF, determina que a assistência aos hipossuficientes implica em assistência jurídica e judiciária. Tradicionalmente se compreende a primeira como orientação a respeito de direitos, enquanto que a segunda significa o auxílio a ser prestado em todas as fases do processo judicial.

Logo, é função institucional das Defensorias Públicas orientar as pessoas a respeito de seus direitos. Ora, segundo Weber, um dos principais aspectos da dominação racional é justamente a circunstância de que o possuidor do conhecimento se impõe sobre aquele que não o detém. Logo, é possível que se atenuem a submissão dos “assistidos” aos seus defensores se estes puderem partilhar seu conhecimento técnico junto aos seus destinatários, e não apenas lhes impor sua superioridade. É de se notar que, quanto mais esclarecido o destinatário do serviço, menor será sua condição de submissão em relação ao prestador da função pública.

É papel da Defensoria Pública orientar os usuários de seus serviços com relação aos direitos que possuem não apenas em face de terceiros e do Estado, mas também – e fundamentalmente – perante a própria Defensoria. Se assim não for, a prestação de assistência judiciária poderá a ser interpretada como apenas mais um “favor” estatal, e não

como um dever do Estado e uma função pública que deve ser exercida em conformidade não apenas com o princípio da legalidade, mas também com eficiência, publicidade e economicidade.<sup>12</sup>

Em seguida, Cogoy<sup>13</sup>, cita os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública com o intuito de apresentar as inovações trazidas pela Lei Complementar n.º 132/2009, que alterou a LC n.º 80/94, que evidencia a necessidade de divulgar e promover, junto aos hipossuficientes, o conhecimento de seus direitos e garantias:

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e **a redução das desigualdades sociais**; (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

II – **a afirmação do Estado Democrático de Direito**; (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I – **prestar orientação jurídica** e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

III – **promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico**; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

Tendo em vista essa perspectiva, voltando-se para o campo profissional do Serviço Social na Defensoria Pública da União na Bahia, emerge um comprometimento muito maior com os direitos humanos, especialmente os sociais, na atuação junto aos usuários dos seus serviços, os quais devem oferecer orientação sociojurídica a fim de promover o acesso à justiça àqueles que dela necessitam.

Jefferson Ruiz<sup>14</sup>, afirma que:

[...] No cotidiano profissional novos direitos vêm reclamando conhecimento, reflexão, produção intelectual e

<sup>12</sup> COGOY, D. M.. Assistência jurídica e judiciária no Brasil: legitimação, eficácia e desafios no modelo brasileiro. In: **Revista da Defensoria Pública da União**, 2012, p. 155-156.

<sup>13</sup> Ibid, p. 157-158. (grifo do autor).

<sup>14</sup> RUIZ, J. L. de S. Direitos Humanos: argumentos para o debate no serviço social. In: FORTI, Valeria & BRITES, Valéria (Eds.). **Direitos humanos e serviço social: polêmicas, debates e embates**, 2012, p. 84-85.

elaboração de políticas pelos profissionais com eles envolvidos. [...] A evolução da humanidade pode gerar novas demandas (que talvez sequer sejamos capazes de hoje elaborar e imaginar), que se consolidam e passam a fazer parte das lutas sociais, no sentido de reconhecê-las como direitos a serem efetivados.

Para isso, os assistentes sociais devem ter em mente, como apontado pelo mesmo autor, que o debate em torno dos direitos humanos é coerente com a direção social incutida no processo de formação da profissão, utilizando-se de suas possibilidades e potencialidades para reconhecer a legitimidade das demandas e direitos dos cidadãos, tornando possível, assim, lutar para que estes sejam consolidados:

O trabalho do assistente social na saúde deve ter como eixo central a busca criativa e incessante da incorporação dos conhecimentos e das novas requisições à profissão, articulados aos princípios dos projetos da reforma sanitária e ético-político do Serviço Social. É sempre na referência a estes dois projetos que se poderá ter a compreensão se o profissional está de fato dando respostas qualificadas as necessidades apresentadas pelos usuários.<sup>15</sup>

No entanto, a ampla demanda para o Serviço Social da DPU/BA, que contém apenas uma assistente social e uma estagiária, leva à precarização do trabalho profissional e à consequente transformação deste trabalho em uma atuação com viés fatalista, devido às diversas funções meramente administrativas que são postas ao setor. Como bem salientado por Marilda Yamamoto,<sup>16</sup> “a consideração unilateral das imposições do mercado de trabalho conduz a uma mera adequação do trabalho profissional às exigências alheias, subordinando a profissão ao mercado e sujeitando o assistente social ao trabalho alienado”, fazendo-se necessário que o assistente social potencialize a sua relativa autonomia na condução do seu exercício profissional a fim de que a sua intervenção seja guiada pelo projeto ético-político da profissão.

Além do mais, a Reforma Sanitária, movida por uma grande mobilização na década de 80 e tendo como premissa básica a compreensão de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme disposto no Art. 196 da Constituição Federal/88, possibilitou o

---

<sup>15</sup> BRAVO, M. I & MATOS, M. C.. Projeto ético-político do Serviço Social e sua relação com a reforma sanitária: elementos para debate. In: MOTA, A. E., BRAVO, M. I. S., UCHOA, R., NOGUEIRA, V., MARSIGLIA, R., GOMES, L. & TEIXEIRA, L. (Eds.). **Serviço Social e Saúde: Formação e trabalho profissional** (pp. 197-217). São Paulo-SP: OPAS, OMS, Ministério da Saúde, Cortez Ed. 2006.

<sup>16</sup> IAMAMOTO, M. V. O Serviço Social na cena contemporânea. In: Conselho Federal de Serviço Social & Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social (Eds.). **Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais**, 2009.

reconhecimento da saúde do indivíduo não só como a questão da doença ou a ausência desta, mas relacionada a existência de determinantes sociais que interferem diretamente na vida do cidadão.

A Lei n.º 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, reconhecida como a Política Nacional da Saúde, apresenta o seguinte:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.  
Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.<sup>17</sup>

Esses determinantes, que evidenciam a vulnerabilidade presente na vida da população, precisam ser levantados e questionados, buscando entender os possíveis condicionantes da saúde ao apreender a realidade social dos usuários que chegam na instituição a fim de obter assistência jurídica para a superação de uma necessidade social.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Serviço Social se mostra, ainda, limitada em suas atividades, devido ao não conhecimento dos outros profissionais sobre as possibilidades de intervenção do assistente social no campo sociojurídico, especialmente na Defensoria Pública da União, que realiza atendimento aos cidadãos de baixa renda, os quais poderiam receber a orientação sobre os direitos aos quais devem ser assegurados e os meios para alcançá-los:

Vivemos uma situação no contexto mundial, nacional e local, em

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília-DF: Diário Oficial da União, Poder Executivo.

que o trabalho se apresenta cada vez mais de forma precarizada, com aumento constante da mão-de-obra[*sic*], que não encontra emprego estável, ou outra atividade remunerada de qualquer tipo, e garantia de direitos. Assim, o profissional que atua diretamente junto a essa ampla parcela da população, que vem sofrendo as consequências de um processo perverso de exclusão social, necessita, urgentemente, como diz Yamamoto, tomar “‘um banho de realidade brasileira’, munindo-se de dados, informações e indicadores que possibilitem identificar as expressões particulares da questão social, assim como os processos sociais que as reproduzem.”<sup>18</sup>

Ao não se ater a estas discussões, o Serviço Social se submete a funções meramente administrativas que são impostas na instituição, o que faz com que a assistente social e sua estagiária minimizem a atuação sob a perspectiva da orientação, ampliação e garantia de direitos, preocupando-se apenas em cumprir despachos dos defensores e solucionar os problemas dos indivíduos para amenizar a quantidade de pendências a serem resolvidas. Diante disso, necessário se faz possibilitar o desenvolvimento da prática do Serviço Social, para além da questão da doença, tendo em vista que os usuários atendidos são sujeitos sociais dotados de direitos que se encontram fragilizados e precisam de assistência para encontrar meios de garanti-los.

Assim, o Serviço Social deve buscar aprimorar a sua ampla visão das questões a partir de intervenções que o guiam na busca pela efetivação dos direitos humanos e sociais, permitindo que se reconheça o seu campo de intervenção através de estudos sobre a realidade social dos indivíduos, tornando-o capaz de adotar medidas diferenciadas na sua prática para lidar com as complexidades da questão social, deixando assim, de ser um mero contribuinte para o defensor público federal, e lutando para que a vulnerabilidade socioeconômica dos cidadãos não permaneça sendo apenas um fator condicionante para a concessão da assistência jurídica integral e gratuita.

---

<sup>18</sup> FÁVERO, E. T. Estudo Social - fundamentos e particularidades de sua construção na área judiciária. In: Conselho Federal de Serviço Social (Ed.). **O estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos: combate ao debate no Judiciário, Penitenciário e Previdência Social** (8ª Ed.). São Paulo-SP: Cortez Ed., 2008, p. 17

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria A.R. Alves. O metodologismo e o desenvolvimentismo no serviço social brasileiro - 1947 a 1961. In: **Revista Serviço Social & Realidade**, Franca, v. 17, n. 1, p. 268-299, 2008.

BAPTISTA, M. V. **Planejamento Social**: intencionalidade e instrumentação. São Paulo-SP: Veras Editora.2000.

BORGIANNI, Elisabete. Para entender o Serviço Social na área sociojurídica. In: **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 115, jul./set. 2013, p. 407-442.

BRASIL. **Código de ética do/a assistente social** - Lei 8.662/93 de regulamentação da profissão. 10ª. ed. rev. e atual. - Brasília-DF: Conselho Federal de Serviço Social, 2012.

BRASIL. **Diretrizes Curriculares para os Cursos de Serviço Social** - Resolução nº 15, de 13 de março de 2002. Disponível em: <[www.cfess.org.br](http://www.cfess.org.br)>. Acesso em: 21 mar. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília-DF: Diário Oficial da União, Poder Executivo.

BRASIL. **Regulamentação da Profissão** - Lei nº 8.662, de 7 de junho de 1993. Dispõe sobre a profissão de Assistente Social e dá outras providências. Disponível em: <[www.cfess.org.br](http://www.cfess.org.br)>. Acesso em: 08 out. 2012.

BRAVO, M. I & MATOS, M. C.. Projeto ético-político do Serviço Social e sua relação com a reforma sanitária: elementos para debate. In: MOTA, A. E., BRAVO, M. I. S., UCHOA, R., NOGUEIRA, V., MARSIGLIA, R., GOMES, L. & TEIXEIRA, L. (Eds.). **Serviço Social e Saúde: Formação e trabalho profissional** (pp. 197-217). São Paulo-SP: OPAS, OMS, Ministério da Saúde, Cortez Ed. 2006.

COGOY, D. M.. Assistência jurídica e judiciária no Brasil: legitimação, eficácia e desafios no modelo brasileiro. **Revista da Defensoria Pública da União**, 5, 140-164. 2012.

COUTO, B. R. (2009). Formulação de projeto de trabalho profissional. In: Conselho

Federal de Serviço Social; Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social (Eds.). **Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais**. Brasília-DF: CFESS/ABEPSS, 2009.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Carta de Serviços**. 2013. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/acessoainformacao/images/arquivos/acoes\\_programas/serv\\_prest\\_publico\\_carta\\_de\\_servicos\\_5.pdf](http://www.dpu.gov.br/acessoainformacao/images/arquivos/acoes_programas/serv_prest_publico_carta_de_servicos_5.pdf)>. Acesso em: 18 abr 2014.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Parâmetros para a ação do Serviço Social na Defensoria Pública da União**. 2013.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Plano de trabalho do Serviço Social no âmbito da Defensoria Pública da União** / João Pessoa-PB. 2012.

FÁVERO, E. T. Estudo Social - fundamentos e particularidades de sua construção na área judiciária. In: Conselho Federal de Serviço Social (Ed.). **O estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos: combate ao debate no Judiciário, Penitenciário e Previdência Social** (8ª Ed.). São Paulo-SP: Cortez Ed., 2008.

FRAGA, C. K. A atitude investigativa no trabalho do assistente social. In: **Serv. Soc. Soc.**, 101. 2010, pp. 40-64.

GUERRA, Y. A instrumentalidade no trabalho do assistente social. In: **Simpósio Mineiro de Assistentes Sociais** / Conselho Regional de Serviço Social de Minas Gerais (Eds.). Belo Horizonte-MG: CRESS 6ª Região. 2007.

IAMAMOTO, M. V. O Serviço Social na cena contemporânea. In: Conselho Federal de Serviço Social & Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social (Eds.). **Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais**. Brasília-DF: CFESS/ABEPSS, 2009.

IAMAMOTO, Marilda Villela; CARVALHO, Raul de. **Relações sociais e serviço social no Brasil: esboço de uma interpretação histórico-metodológica**. 36 ed. São Paulo: Cortez, 2012.

PONTES, R. N. **Mediação e serviço social: um estudo preliminar sobre a categoria teórica e sua apropriação pelo serviço social**. 2ª Ed.. São Paulo-SP: Cortez Ed, 1997.



RUIZ, J. L. de S. Direitos Humanos: argumentos para o debate no serviço social. In: FORTI, Valeria & BRITES, Valéria (Eds.). **Direitos humanos e serviço social**: polêmicas, debates e embates (pp. 71-91). Coletânea Nova de Serviço Social. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2012.

SIMOES, Pedro. As Continuidades do Perfil Profissional. In: **XVII Seminário Latinoamericano de Escuelas de Trabajo Social**, 2001. Disponível em: <[www.ts.ucr.ac.cr/binarios/congresos/reg/slets/slets-017-087.pdf](http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/congresos/reg/slets/slets-017-087.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2013.

SOUSA, C. T. A prática do assistente social: conhecimento, instrumentalidade e intervenção profissional. In: **Revista Emancipação**, 8, 2008, pp. 119-132.

YAZBEK, Maria Carmelina; MARTINELLI, Maria Lúcia; RAICHELIS, Rachel. O Serviço Social brasileiro em movimento: fortalecendo a profissão na defesa de direitos. In: **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, Ano XXIX, n. 95, p. 5-32, 2008.

(RE)PENSANDO A DECISÃO DO  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº  
626.489 E SEUS REFLEXOS NAS AÇÕES  
REVISIONAIS PREVIDENCIÁRIAS

*ALEXANDRO MELO CORRÊA*

*(RE)THINKING THE DECISION OF THE  
EXTRAORDINARY APPEAL NO. 626.489 AND ITS  
EFFECTS ON SOCIAL SECURITY REVISIONAL  
ACTIONS*



# (RE)PENSANDO A DECISÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 626.489 E SEUS REFLEXOS NAS AÇÕES REVISIONAIS PREVIDENCIÁRIAS

(RE)THINKING THE DECISION OF THE EXTRAORDINARY APPEAL NO. 626.489 AND ITS EFFECTS ON SOCIAL SECURITY REVISIONAL ACTIONS

*ALEXANDRO MELO CORRÊA*

*(ESPECIALISTA EM DIREITO AMBIENTAL PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS. DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL).*

## RESUMO

O presente trabalho pretende discutir e aprofundar o debate a respeito da decisão do Recurso Extraordinário nº 626.489, a qual considerou constitucional a introdução do instituto da decadência no direito previdenciário brasileiro, aplicando-a aos casos anteriores a vigência da Medida Provisória (MP) nº 1.523, de 28.06.1997, que alterou o artigo 103 da Lei nº 8.213/1991, diante disso, o desenvolvimento do trabalho apresenta um resumo da citada decisão e busca analisar a partir de uma visão doutrinária crítica a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, indicando quais são as ações revisionais que ainda podem ser utilizadas após da decisão do Recurso Extraordinário.

**Palavras-chave:** Direito Previdenciário. Decadência. Ações Revisionais.

## ABSTRACT

This paper aims to discuss and deepen the debate about the decision of the Recurso Extraordinário (Extraordinary Appeal) nº 626.489, which considered the introduction of constitutional decay of the institute in the Brazilian social security law, applying it to previous cases the term of the Medida Provisória (MP) n. 1.523 of 06.28.1997, which amended Article 103 of Law nº. 8.213/1991, before that, the development of the paper presents a summary of the said decision and seeks to analyze from a critical doctrinal

vision the position taken by the Supremo Tribunal Federal (Supreme Federal Court), indicating which actions review that can still be used after the decision of the Recurso Extraordinário (Extraordinary Appeal).

**Keywords:** Social Security Law. Decadency. Revisional Actions.

Data de submissão: 08/01/2015.

Data de aceitação: 20/05/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 PONTOS IMPORTANTES DO VOTO DO RE 626.489. 3 ANÁLISE CRÍTICA. 4 PANORAMA DAS REVISÕES. 5 CONCLUSÃO.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasce de duas instigações distintas, a primeira de caráter prático e a segunda com inspiração da doutrina crítica do direito previdenciário.

A instigação de caráter prático diz respeito a atuação do Defensor Público Federal e a necessidade de analisar as demandas de inúmeros assistidos que buscam revisão de seu benefício, em sua maioria cidadãos que tiveram a concessão de um direito/benefício há mais de 10 anos e se enquadram em alguma das hipóteses das revisões consagradas doutrinariamente, mas que, em razão da decisão do Recurso Extraordinário (RE) 626.489, teriam seu direito de revisão atingido pela decadência do artigo 103 da Lei nº 8.213/1991.

Nesses casos, a posição do defensor fica oscilante entre pleitear judicialmente o direito negado pela administração previdenciária ou despachar arquivando o processo de assistência jurídica por inviabilidade da pretensão, tendo em vista a posição, a princípio, pacificada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A segunda instigação vem da participação no X Congresso Brasileiro de Direito Previdenciário e IV Congresso de Direito Previdenciário do Mercosul, no qual a decisão do Supremo Tribunal Federal foi objeto de oficinas e debates que aguçaram a análise crítica e a busca de soluções diante da postura tomada pelos ministros do Supremo.

Assim, o trabalho terá como objetivo responder a primeira instigação, demonstrando que existem caminhos viáveis ao pleito revisional, mesmo nos casos hipoteticamente abarcados pela decisão do RE 626.489; além disso, busca-se sintetizar a segunda instigação/inspiração demonstrando como a doutrina previdenciária vem se posicionando diante do tema.

Para efetivar esse objetivo, o trabalho terá seu desenvolvimento centrado em três partes, iniciando com um resumo dos principais pontos do voto do relator Ministro Luís Roberto Barroso, avançando para a análise crítica realizada pela doutrina previdenciária e culminando com as perspectivas das ações revisionais após a decisão e enquanto perdurar seus efeitos, no caso de posterior reforma.

Veja-se que o objetivo deste artigo não é esgotar o tema, mas efetuar uma síntese do voto do RE citado e das perspectivas críticas, facilitando e instigando o diálogo entre os atores do sistema judicial (previdenciário) para que se possa avançar na proteção e efetivação dos direitos dos segurados.

Ressalta-se, ainda, que em momento algum do artigo está a se discutir a legitimidade e o poder do Supremo Tribunal Federal, o que se busca é uma interpretação criativa que respeite o direito dos beneficiários como um direito fundamental e diante da decisão, que a doutrina e os atores do sistema de Justiça consideram manifestamente equivocada, buscar novos percursos.

## **2. PONTOS IMPORTANTES DO VOTO DO RE 626.489**

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer os pontos controvertidos que levaram ao voto condutor do RE 626.489, realizando um resumo do panorama legislativo que possibilitou e instigou a decisão em discussão no presente artigo.

A questão é centrada na aplicação da inovação legislativa introduzida pela Medida Provisória (MP) nº 1.523, de 28.06.1997, que alterou a redação original do art. 103 da Lei nº 8.213/91. A referida norma criou prazo decadencial de 10 anos para pleitear um direito previdenciário sonogado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Veja-se que a referida MP foi reeditada até a MP nº 1.596-14, de 10 de novembro de 1997, bem como confirmada pela Lei nº 9.528, de 10 de novembro de 1997. Além disso, a MP nº 1.663-15, de 22/10/1998, convertida na Lei nº 9.7111, de 20 de novembro de 1998, fixou prazo decadencial de 5 anos, reduzindo o prazo anterior. Somente com a edição da MP nº 138, de 19 de novembro de 2003, confirmada pela Lei nº 10.839/ 2004, houve o retorno aos 10 anos do prazo decadencial estipulado em 1997.

Frisa-se, que não se desconhece a discussão doutrinária referente ao caráter prescricional do prazo dito decadencial pela norma jurídica; entretanto, tendo em vista o espaço e objetivo deste trabalho, não será realizado este debate, utilizando-se a nomenclatura e conceituação conforme disposta na legislação previdenciária.

Antes de junho de 1997, não existia no ordenamento jurídico brasileiro prazo decadencial para pleitear direito à previdência social, podendo os prejudicados por atos equivocados da administração previdenciária buscar a qualquer momento a correção do ato. Com as alterações legislativa, relatadas nos parágrafos anteriores, surgem alguns questionamentos quando a constitucionalidade da restrição das normas que introduziram o prazo decadencial em matéria previdenciária.

O primeiro questionamento diz respeito a aplicabilidade retroativa da norma restritiva, ou seja, nos casos anteriores a junho de 1997 que tivessem direito a revisão do benefício se subordinariam ao prazo fixado pela MP? Em caso afirmativo, qual seria o marco inicial de contagem do prazo decadencial? No que tange aos casos posteriores, tal medida seria constitucional, por se tratar de um direito fundamental que não caberia a restrição?

O principal ponto do trabalho será analisar a possibilidade da não aplicabilidade do prazo decadencial para as situações anteriores a edição da MP que introduziu o prazo decadencial para revisão dos benefícios previdenciários.

Por muitos anos estes questionamentos foram respondidos pelas Turmas Recursais (TR), pelos Tribunais Regionais Federais (TRF) pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU), pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelas orientações

normativas do INSS, inclusive, os quais majoritariamente consideravam que não se aplicava a restrição aos benefícios concedidos antes da vigência da referida MP.

Tal panorama fez com que o Supremo Tribunal Federal fosse instigado a se manifestar sobre a questão, na tentativa de pacificar a interpretação normativa e gerar segurança jurídica aos administrados e à administração previdenciária, o que ocorreu através do RE 626.489, julgado em 16 de outubro de 2013, e com decisão publicado, apenas, em 23 de setembro de 2014, com a seguinte ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. 1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário. 2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário. 3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>1</sup>

Percebe-se, ao analisar a emenda, que no primeiro ponto há o reconhecimento expresso do direito à previdência social como um direito fundamental, assim como consagrado pela doutrina e pela Constituição Federal, ocorre que, apesar dessa declaração, o Supremo no decorrer do voto e nos tópicos seguintes considerou constitucional a aplicação do prazo decadencial aos benefícios anteriores à edição e vigência da MP nº 1.523, restringindo um direito fundamental, o que gerou uma acirrada crítica doutrinária como se verá no próximo tópico.

Um dos principais fundamentos do julgado encontra-se no ponto nº 10 do voto do relator, no qual o Ministro Barroso afirma que a restrição introduzida pela norma supracitada deve ser aplicada, pois seria uma forma de “resguardar a segurança jurídica”, bem como “facilitar a previsão do custo global das prestações devidas”, mantendo-se “o equilíbrio

---

<sup>1</sup> BRASIL, 2014.



atuarial do sistema previdenciário”.

Tal argumentação tem por base um critério econômico, que a princípio geraria uma segurança jurídica ao sistema, ou seja, após 10 anos do ato de concessão a revisão do valor recebido, segundo entendimento do Ministro, atentaria a segurança jurídica e poderia abalar o sistema previdenciário como um todo.

Percebe-se que em momento algum do voto condutor há comprovação que o ato de revisão geraria o abalo no sistema. Como se verá no próximo tópico do trabalho, tal argumento, além de não possuir lastro fático, não encontra respaldo constitucional.

Outro ponto importante constante no voto condutor é o apresentando no item 13, em que o relator afirmar não existir, na norma que fixa a decadência, qualquer violação ao direito fundamental à previdência social; além disso, faz referência a outros princípios constitucionais previdenciários que, segundo seu entendimento, também não foram violados pela norma, cita-se:

13. Com essas considerações, entendo que inexistente violação ao direito fundamental à previdência social, tal como consagrado na Constituição de 1988. Não vislumbro, igualmente, qualquer ofensa à regra constitucional que exige a indicação prévia da fonte de custeio (art. 195, § 5º) – irrelevante na hipótese –, e tampouco aos princípios da irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, parágrafo único, IV) e da manutenção do seu valor real (art. 201, § 4º). Tais comandos protegem a integridade dos benefícios já instituídos, e não um suposto direito permanente e incondicionado à revisão.<sup>2</sup>

Em que pese a posição do Ministro, a doutrina previdenciária vem trabalhando e apresentando argumentos que demonstram a violação da Constituição Federal pela norma restritiva, o que será apresentado no desenvolvimento do presente trabalho.

No item 17 do voto condutor, o Ministro Barroso faz a referência ao RE 415.454, utilizando a decisão do referido precedente, ocorre que tal precedente afirma a aplicabilidade da regra de que o benefício é regido pela norma que estava em vigor no momento de sua concessão, não retroagindo a lei superveniente, seja favorável ou desfavorável.

Entretanto, no momento que se utiliza esse julgado como fundamento, está a se dizer que

---

<sup>2</sup> BRASIL, 2014.

os benefícios que foram concedidos antes de 1997 se regeriam pelas regras de decadência presentes à época, ou seja, inexistia decadência. Sendo assim, a utilização do RE 415.454 deveria conduzir a uma decisão de não aplicabilidade da decadência aos benefícios com data de concessão anteriores a junho de 1997, o que não ocorreu e é objeto de acertada crítica doutrinária.

Outro ponto importante do julgado, o último a ser exposto neste trabalho, trata da retroatividade da norma restritiva, o Ministro Barroso afirma no ponto 27 de seu voto:

De fato, a lei nova que introduz prazo decadencial ou prescricional não tem, naturalmente, efeito retroativo. Em vez disso, deve ser aplicada de forma imediata, inclusive quanto às situações constituídas no passado. Nesse caso, o termo inicial do novo prazo há de ser no momento de vigência da nova lei ou outra data posterior nela fixada.<sup>3</sup>

Como se percebe na citação acima transcrita, o Supremo reconhece que a MP restritiva deve se aplicar as situações anteriores a ela, mesmo que contraditoriamente afirme que não possui efeito retroativo, há nesse ponto o encaminhamento para fixação da data de aplicabilidade da MP em 1º de agosto de 1997, conforme já constante na citação da ementa do julgado.

Vale ainda, antes de concluir este tópico, citar uma passagem de José Antônio Savaris que sintetiza muito bem o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal e já encaminha, ao final do parágrafo, a crítica doutrinária à decisão do STF, veja-se:

Com orientação oferecida pelo STF, embora seja negada a premissa no voto do relator Min. Luís Roberto Barroso, a jurisdição brasileira, pela voz de sua última instância, admitiu que o direito humano e fundamental à previdência social está submetido ao regime de prescrição do fundo do direito. Admitiu, a Suprema Corte, retórica à parte, que a violação estatal de direito humano e fundamental, ainda que se encontre umbilicalmente ligado ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, é afetado pelo decurso do tempo. Admitiu, a Suprema Corte, ainda, que parcela previdenciária integrante do mínimo indispensável à subsistência não poderá ser tutelada judicialmente, se transcorrido o prazo de dez anos. Admitiu, a Suprema Corte, finalmente, que a violação estatal dos direitos humanos previdenciários pode irradiar efeitos para toda a vida de aposentados e pensionistas, os quais carregam, como estigma, a desinformação, e como sina, a falta de efetiva proteção de seus direitos.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> BRASIL, 2014.

<sup>4</sup> SAVARIS, 2014, p. 388.

### 3. ANÁLISE CRÍTICA

Há inúmeras críticas e argumentos contrários ao voto condutor do Recurso Extraordinário (RE) nº 626.489, nesse tópico tenta-se sintetizar a crítica doutrinária à decisão do Supremo Tribunal Federal, restringindo o campo de análise aos pontos trabalhados capítulo anterior, priorizando uma abordagem em ordem cronológica dos itens já apresentados.

Uma das principais críticas doutrinária à decisão do STF diz respeito à análise economicista em que se baseou o relator para afirmar, conforme já citado, que a não aplicabilidade da decadência as situações anteriores a sua introdução no sistema jurídico brasileiro geraria instabilidade no sistema previdenciário, bem como ofenderia a segurança jurídica.

Veja-se que em momento algum do voto há comprovação de que a possibilidade dos segurados, que tiveram parte de seu benefício sonogado pelo INSS, revisarem o ato de concessão, bem como sua mensuração econômica, afetaria de tal forma o sistema o tornando inviável.

O direito ao melhor benefício e ao valor justo, conforme os ditames legais e constitucionais, é um direito do segurado, sua não concessão no momento oportuno é que fere o princípio da segurança jurídica e não o contrário, como afirmado pelo Supremo. A previsão global de gastos no sistema previdenciário deve ser realizada com base no princípio da legalidade e não apoiada em valores que não condizem com o devido ao segurado, mas que em razão do decurso do prazo e por inércia do administrado não foi exercido em tempo adequado.

Ao aplicar a norma restritiva às situações antes da vigência da norma restritiva, momento em que não havia previsão alguma de decadência, está se ferindo o princípio da segurança jurídica e do direito adquirido, contrariamente ao fixado no RE em comento.

Nesse sentido, é importante a leitura conjuntural realizada por José Antônio Savaris, que analisa a aplicação da decadência ao direito de revisar os benefícios de uma perspectiva protetiva ao segurado, demonstrando a perversidade existente na decisão que restringiu o acesso à revisão previdenciária, cita-se:

Desse modo, é preciso dizer mais do que **o Direito não socorre aos que dormem**, brocardo que é aplicável em matéria previdenciária apenas coma devida parcimônia. É necessário ir além da discussão

sobre a real natureza do prazo estabelecido no *caput* do art. 103 da Lei 8.213/91 (se decadencial ou prescricional). É importante fugir da falácia de que é justo que se imponha prazo fatal e absoluto para a revisão de benefício previdenciário porque beneficiário, por já se encontrar em gozo de benefício, apresenta recursos suficientes para sua subsistência. Como se a parcela do benefício, que ilegalmente lhe é furtada anos a fio pela Administração Pública não detivesse igualmente a natureza de essencialidade para subsistência. É preciso destacar a conveniência econômica da aplicação cega do prazo decadencial não pode jamais justificar a extinção do direito ao recebimento integral de verba alimentar por pessoa dependente da Previdência Social. Não se pode jamais olvidar que a realidade administrativa é a de ineficiência na prestação do serviço público ao segurado ou dependente do RGPS, pois o serviço social inexistente, e o processo administrativo com participação interessada do agente público – exigência de boa-fé – é ainda miragem distante. E o Estado que já se valia da ineficiência para alcançar a ilegalidade – pagando benefícios a menor – agora lança emprestar ares de irreversibilidade aos efeitos das ilegalidades que se espalham por todo o País como modos de expressão os mais diversos, mas tendo como alvo as mesmas vítimas de sempre.<sup>5</sup>

O Supremo afastou a tese que a aplicação da decadência no direito previdenciário, e mais especificamente nas regras anteriores a MP restritiva, violariam princípios constitucionais. Ocorre que a doutrina sustenta, mesmo após a decisão do STF, que a aplicação viola a constituição e os tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Savaris considera que a fixação de prazo decadencial/prescricional para a proteção do direito fundamental à previdência violaria alguns princípios basilares de nossa constituição, não podendo prosperar a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, cita-se:

Pela primeira via, o decurso do tempo separará a pessoa da proteção social a que em tese, faz jus, de modo que o instituto da prescrição do fundo de direito, nesta seara, pode iludir o direito fundamental à previdência social (CF/88, art.6º, *caput*) e, por consequência, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). Pela segunda via, a prescrição do fundo de direito revela-se violadora do direito constitucional de acesso à justiça (CF/88, art. 5º, XXXV) e do direito a um remédio jurídico eficaz que a proteja contra os que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, consagrado na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 25, item “1” do Pacto de San José da Costa Rica), ato normativo de estrutura *supra legal*.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> SAVARIS, 2014, p. 389-390.

<sup>6</sup> SAVARIS, 2014, p. 385.

Além disso, Savaris e Daniel Machado da Rocha<sup>7</sup> ao analisarem o princípio da precedência do custeio (art. 195, § 4º), princípio citado no voto em análise como não violado pela fixação de prazo decadencial, deixam claro que o referido fundamento não pode servir de argumento para afastar o deferimento de benefícios pelo Poder Judiciário, ou seja, se existia uma norma no momento da concessão do benefício que previa que determinado benefício previdenciário deveria ter um valor e a administração pública concedeu a menor, não pode o Judiciário, posteriormente, alegar ausência de custeio para indeferir a revisão, tendo em vista que a previsão existia, mas foi sonegada pela administração.

Sendo assim, a utilização da decadência para a revisão de benefício violaria o princípio da precedência do custeio, pois se existia um conjunto de normas prevendo determinado valor para o benefício, não pode o INSS por erro fixar um valor a menor, e, depois o Estado Brasileiro negar o acesso a Jurisdição em razão do decurso de tempo, alegando falta de previsibilidade no sistema.

Ora, a previsibilidade já existia no momento da concessão e o custeio do benefício foi realizada pelo segurado, sendo assim, mais uma vez se percebe o equívoco da decisão proferida no RE nº626.489.

No que diz respeito utilização do RE nº 415.454 ao caso de decadência e a retroatividade da norma restritiva as críticas doutrinárias também são vastas. Veja-se, como já relatado, que o RE 415.454 julgou a não retroatividade de normas mesmo que favoráveis ao segurado, ou seja, se utilizado como precedente deveria levar a conclusão de que a norma da decadência não se aplica aos benefícios anteriores a agosto de 1997, o que não ocorreu.

Veja-se que aplicação retroativa da norma restritiva cria uma previsão não existente no momento da concessão dos benefícios revisados, não podendo prevalecer o entendimento do Supremo. Ana Paula Fernandes sintetiza muito bem a questão, cita-se:

No caso em tela, observando a lei que regia o ordenamento jurídico à época do fato, não havia previsão legal que determinasse prazo a ser observado pelo segurado ou pela autarquia previdenciária, para revisão dos benefícios por ela concedidos, ao contrário, existia certeza que a revisão de tais benefícios imprescritível.

Assim, não pode lei posterior abalar e ferir fundo de direito que assiste os segurados que pertencem ao regime, anteriormente a edição da

---

<sup>7</sup> ROCHA; SAVARIS, 2014, p. 147-153.

Medida Provisória em questão, que alterou substancialmente o art. 103 da Lei nº 8.213/91.<sup>8</sup>

Nesse ponto, fica claro que o Supremo Tribunal Federal está negando um de seus precedentes, bem como a aplicabilidade ao princípio do *tempus regit actum*, prejudicando em sobremaneira os segurados, que tiveram seu benefício deferido antes da publicação da MP restritiva.

#### 4. PANORAMA DAS REVISÕES

Após analisar os pontos centrais do julgado e a crítica doutrinária que cada um recebe, cabem questionamentos: quais revisões ainda podem ser propostas? E quais não foram fulminadas pela decadência?

Antes de adentrar nas respostas oferecidas pela doutrina previdenciária, é importante frisar que o presente trabalho se propõe a sintetizar o pensamento dos principais doutrinadores que indicam alguns caminhos viáveis a proteção dos segurados diante da decisão do STF.

Ademais, conforme afirmado em muitas discussões realizados no XX Congresso Brasileiro de Direito Previdenciário, é possível que a decisão do Recurso Extraordinário (RE) 626.489 seja revertida em grau de embargos ou na Corte Interamericana, mas enquanto tais medidas não surtem efeito, é necessário pensar percursos judiciais viáveis para proteger o direito dos segurados.

Savaris<sup>9</sup> enumera um rol exemplificativo de ações que não sofreriam a decadência determinada, ressalta-se que o referido doutrinador usa o conceito de prescrição para a norma contida no art. 103 da Lei nº 8.213/1991.

O citado autor afirma que os “direitos ou ações relacionados a circunstâncias supervenientes ao ato de concessão do benefício”, bem como “os direitos ou ações relacionados a circunstâncias não analisadas expressamente quando da concessão do benefício” não são

---

<sup>8</sup>FERNANDES, 2014, p. 48.

<sup>9</sup>SAVARIS, 2014, p. 390-391.

afetados pela decadência/prescrição inserida pela norma restritiva.

Ao dar exemplos do primeiro grupo o doutrinador afirma que as revisões relacionadas com a Emendas Constitucional (EC) nº 20/98 e com a EC nº 41/03 não estariam afetadas pela decisão do STF e pela norma que introduziu a regra de decadência, também conclui que as ações relacionadas a desaposentação também não estariam restringidas pelo prazo decadencial.

Nesse sentido também é a lição de Hermes Arrais de Alencar, acrescentando a revisão do art. 58 do ADCT e outras importantes ações revisionais cita-se:

De outra toada, não se submetem a prazo decadencial as revisões de reajustamento, porque índices de reajuste de benefícios de concessão originária são sempre posteriores a RMI, não abarcados desse modo pela decadência. Não podem sofrer a pecha da caducidade de direito qualquer revisão que não evolva modificações da RMI, a exemplo das revisões: do artigo 58 do ADCT; artigo 26 da Lei nº 8.870/94; do artigo 21, § 3º, da lei 8.880/94; dos tetos da EC 20/98 e 41/2003 (RE 564.354/SE)<sup>10</sup>

Savaris e Rocha ao comentarem a decisão do RE nº 630.501, abordam a questão do direito ao melhor benefício que poderia ser exercido a qualquer tempo, apresentando mais uma das possibilidades de não incidência do prazo decadencial firmado pela norma restritiva, veja-se:

*A ratio decidendi* desse importante precedente foi a de que o direito ao melhor benefício – entenda-se, direito a maior renda mensal inicial – incorpora-se ao patrimônio jurídico do trabalhador desde quando cumpridos os requisitos para sua concessão, podendo ser exercido a qualquer tempo. Em outras palavras, o trabalhador não será penalizado por requerer o benefício em momento posterior ao do aperfeiçoamento dos pressupostos legais para sua concessão.<sup>11</sup>

Seguem na mesma toada, reafirmando que, apesar de não considerarem a busca pelo melhor benefício uma ação revisional propriamente dita, é uma das formas de busca de revisão e majoração dos benefícios dos segurados, não sendo afetada pela decadência, mesmo diante da decisão do RE nº 626.489, cita-se:

Eis aqui o ponto fundamental: a busca pelo melhor benefício não constitui uma ação revisional propriamente dita, mas uma ação de concessão de benefício. Para essa pretensão é absolutamente

---

<sup>10</sup> HERMES, 2014, p. 24.

<sup>11</sup> ROCHA e SAVARIS, 2014, p. 316.

desimportante o modo como se operou o ato de concessão do benefício de titularidade do segurado. Busca-se, com ela, a materialização do direito adquirido ao melhor benefício, direito este que não pode ser afetado pelo decurso do tempo.

Em suma, nas ações em que se postula a concessão de benefício mais vantajoso (espécie mais benéfica ou renda mensal mais elevada), não está em causa a revisão do benefício concedido ao segurado, dos critérios adotados pela Administração quando de sua concessão, ou, de acordo com a letra da lei “do ato de concessão de benefício” (Lei 8.213/91, art. 103, *caput*). Antes, discute-se o *direito em si* à concessão de prestação previdenciária mais efetiva ou vantajosa, como extensão do direito adquirido, razão pela qual, mercê do devido *distinguishing*, não se aplica a espécie, o prazo preclusivo de que trata o art. 103 da Lei 8.213/91.<sup>12</sup>

Com isso percebe-se que existem, segundo a doutrina, algumas ações revisionais que não são afetadas pela decadência previdenciária e por sua vez não sofrem os efeitos da decisão do RE nº 626.489. Tais orientações devem ser testadas e consolidadas pela jurisprudência pátria após a decisão do STF, cabe aos atores do sistema atuarem e buscarem a melhor aplicação da norma permitindo a maior proteção ao segurado.

## 5. CONCLUSÃO

Diante disso, pode-se concluir que a decisão do RE nº 626.489 ao considerar constitucional a norma que introduziu a decadência no direito previdenciário brasileiro e aplicável a situações anteriores a sua edição, colaborou com a restrição ao direito fundamental à previdência social.

Tal decisão gerou e gera críticas dos principais doutrinadores do direito previdenciário, os quais demonstram o equívoco cometido pelo Supremo Tribunal Federal e as falhas presentes no voto condutor.

As críticas levaram a doutrina a construir interpretações novas que permitem excluir algumas demandas revisionais da incidência da norma restritiva e dos efeitos da decadência, conforme decidido pelo STF.

Assim, diante desse quadro os atores do sistema judicial, entre eles os Defensores Públicos

---

<sup>12</sup> ROCHA e SAVARIS, 2014, p. 316-317.



Federais, devem se apropriar desses conceitos e dessas possibilidades para que se possa buscar a efetiva proteção do direito fundamental à previdência social dos segurados. A provocação constante do Poder Judiciário para que se manifeste sobre as possibilidades de revisão previdenciária após a decisão do STF é essencial para que a interpretação doutrinária possa se aperfeiçoar e também se consolidar no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Cálculo de benefícios previdenciários**: regime geral de previdência social: teses revisionais: da teoria à prática. 6ª ed. – São Paulo: Atlas, 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 626.489**. Brasília, DF, julgado em 16/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-184 DIVULGADO EM 22-09-2014 E PUBLICADO EM 23-09-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28626489%2E+OU+626489%2EACMS%2E%29&base=base+Ac+ordaos&url=http://tinyurl.com/pz2p4u2>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

FERNANDES, Ana Paula. **Julgamento da decadência no direito previdenciário – a subversão do regime democrático praticado pelo Poder Judiciário**. In: Direito Previdenciário Revisado, coordenado por Cleide Maria, Jane Wilhelm e Melissa Folmann. Porto Alegre: Magister, 2014. p 43/61.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. **Curso de direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de benefícios da previdência social**. 11. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2012.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 5. ed. ed. rev. atual. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

WALDRICH, Rafael Schimidt. **Previdência social & princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2014.

A IRREPETIBILIDADE DOS VALORES  
RECEBIDOS DE BOA-FÉ, A TÍTULO DE  
BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: UMA  
ABORDAGEM SOB A ÓTICA DO DIREITO  
ADMINISTRATIVO

*Eduardo Levin*

*THE RIGHT TO UNIQUENESS OF THE AMOUNTS  
RECEIVED IN GOOD FAITH AS SOCIAL  
SECURITY BENEFITS: AN APPROACH FROM THE  
PERSPECTIVE OF ADMINISTRATIVE LAW*



# A IRREPETIBILIDADE DOS VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ, A TÍTULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

*THE RIGHT TO UNIQUENESS OF THE AMOUNTS RECEIVED IN GOOD FAITH AS SOCIAL SECURITY BENEFITS: AN APPROACH FROM THE PERSPECTIVE OF ADMINISTRATIVE LAW*

*Eduardo Levin*

*(Defensor Público Federal. Bracharel em Direito pela Universidade de São Paulo).*

## RESUMO

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal cujas finalidades principais são a concessão e a manutenção dos benefícios administrados pela Previdência Social, vem promovendo constantes auditorias em benefícios concedidos, o que tem dado ensejo a revisões dos atos de concessão e das rendas mensais pagas aos segurados. O presente trabalho visa investigar os efeitos de tais revisões, tendo em vista a preservação dos direitos dos segurados. A consagração do Estado Social de Direito, concessor frequente de vantagens as mais diversas aos administrados, faz nascer, ao menos àqueles que tenham agido de boa-fé, o direito à irrepetibilidade das vantagens que tenham usufruído, tendo em vista o direito fundamental à estabilidade jurídica das relações entre a Administração e os administrados. Com efeito, torna-se plenamente defensável a tese de que, uma vez revisto o ato de concessão de um benefício previdenciário, sua invalidação produza apenas efeitos somente **pro futuro**, de modo a impedir que a Administração venha a cobrar do segurado, que recebeu a benesse ao arrepio da legislação sem que tenha concorrido para a prática da ilegalidade cometida, as verbas recebidas a maior. Se os atos em questão foram obra do próprio Poder Público, motivo pelo qual estavam investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos. Assim, apenas cumpre à Administração fulminar o ato ilegal para o fim de impedir que ele continue produzindo efeitos. Descabe obrigar o beneficiário a devolver o que recebeu.

**Palavras-chave:** Efeitos. *Ex Nunc*. Invalidação. Concessão. Benefício.

## ABSTRACT

The National Social Security Institute (INSS), a federal agency whose main purposes are the granting and maintenance of benefits administered by Social Security, has been promoting the audits in benefits, which has given rise to revisions of acts of concession and rents monthly paid to policyholders. This study aims to investigate the effects of such review, with a view to preserving the rights of the insured. The consecration of the Social State of Law, frequent giver of benefits to citizens of diverse, gives birth, at least for those who have acted in good faith, the right to uniqueness of the advantages that have benefited, in view of the fundamental right to stability legal relations between the administration and the administered. Indeed, it is fully defensible the argument that, since revised the act of granting a pension benefit, its invalidation only produce effects for the future, in order to prevent the Administration may charge the insured who received the boon in defiance of the law, the funds received most, without having contributed to the practice of unlawful act. If the acts in question were the work of the government itself, why they were invested with the presumption of veracity and legitimacy accompanying administrative acts, it is natural that given in good faith has acted in them accordingly, enjoying what the result of such acts. Thus, it's only given to the Administration to cancel illegal act to prevent it to continue producing effects, they can't requires the beneficiary to return the received.

**Keywords:** Effects. *Ex nunc*. Invalidation. Concession. Benefit.

Data de submissão: 24/02/2015.      Data de aceitação: 09/06/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O ATO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA INVALIDAÇÃO. 3 O IMPACTO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS DAS PESSOAS PRIVADAS. 3 DA POSSIBILIDADE DE QUE O NULO PRODUZA EFEITOS. 4 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

## 1. INTRODUÇÃO

Imagine-se a seguinte situação: o segurado da Previdência Social realiza um requerimento para se aposentar e, após apresentação da documentação pertinente, o benefício lhe é deferido, no valor X. Após alguns anos, o INSS, em auditoria interna, resolve recalcular o valor do benefício, e descobre que X não é valor correto, o valor correto é X menos Y. Ou seja, durante vários anos aquele aposentado recebeu uma renda mensal superior àquela que teria direito, sem saber. A autarquia previdenciária, então, reduz o valor do benefício e passa a cobrar do segurado tudo aquilo que, durante muito tempo, ele recebeu a maior, em relação àquilo que tinha efetivamente direito de receber.

Outra situação: após regular processo administrativo no âmbito do INSS, o segurado recebe, durante vários anos, benefício previdenciário. No entanto, uma auditoria interna é realizada, e o INSS reconsidera sua decisão inicial, entendendo que, na verdade, o segurado não fazia jus àquele benefício, pois não preenchia algum dos requisitos legais (carência, qualidade de segurado, etc.). Diante disso, corta a benesse e passa cobrar tudo aquilo que foi indevidamente recebido pelo segurado.

Trata-se de situações que vêm se tornando bastante comuns, gerando muita controvérsia em relação aos efeitos que uma correção no valor da renda mensal do benefício, ou uma reanálise do preenchimento dos requisitos para sua concessão, pode provocar.

Pois bem. O presente trabalho procura analisar a legitimidade de um expediente, do qual vem se valendo o INSS, consistente na cobrança de valores recebidos a maior pelo segurado em gozo de benefício, ou de valores relativos a benefícios recebidos indevidamente. Referido expediente tem lugar quando a autarquia previdenciária, por erro de cálculo, ou mesmo por erro de análise jurídica do pleito, paga ao segurado de boa-fé uma renda à qual este não faria jus, se tivesse sido respeitada a legislação em vigor, quando então é instaurado procedimento de cobrança dos valores pagos indevidamente, nos termos do

artigo 11, da Lei nº 10.666/03<sup>1</sup>.

Através da Instrução Normativa nº 49, de 16/12/2010, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – regulamentou o procedimento para a recuperação de mensalidades desembolsadas em favor de beneficiários da seguridade social<sup>2</sup>. De acordo com a normativa, o processo administrativo de cobrança será precedido de um expediente interno de apuração do crédito do INSS. Em seguida, o segurado será notificado para apresentar defesa, e, não sendo esta acatada, o benefício será suspenso ou cancelado, conforme o caso, emitindo-se, a seguir, Guia da Previdência Social para o pagamento, pelo segurado, daquele valor que recebeu indevidamente (artigo 33, IN nº 49/2010).

A autarquia federal previdenciária costuma justificar a cobrança junto aos segurados que receberam benefícios indevidamente ou a maior, ainda que de boa-fé, com base no princípio que veda o enriquecimento sem causa, que estaria positivado, concretizado, na espécie, pela norma do artigo 115, inciso II e parágrafo 1º, da Lei nº 8.213/91.<sup>3</sup> Com isso, procura rebater o principal argumento contrário à cobrança, calcado fundamentalmente na impossibilidade de se reaver proventos de natureza alimentar, quando percebidas de boa-fé, por interpretação do disposto no artigo 649, IV, do Código de Processo Civil.

Através do presente trabalho, buscar-se-á analisar a questão sob a ótica do Direito Administrativo, levando-se em conta que o ato de concessão de benefício é também um ato administrativo. Se for praticado em desconformidade com as prescrições jurídicas, que lhe servem de fundamento, o ato de concessão será inválido<sup>4</sup> e as consequências daí advindas precisam ser investigadas à luz das normas e princípios de publicísticos.

É verdade que o problema relativo às consequências da anulação da concessão de benefício previdenciário não é novo. Vem sendo enfrentado pelos Tribunais com grande

---

<sup>1</sup> “Art. 11. O Ministério da Previdência Social e o INSS manterão programa permanente de revisão da concessão e da manutenção dos benefícios da Previdência Social, a fim de apurar irregularidades e falhas existentes. § 1º Havendo indício de irregularidade na concessão ou na manutenção de benefício, a Previdência Social notificará o beneficiário para apresentar defesa, provas ou documentos de que dispuser, no prazo de dez dias. § 2º A notificação a que se refere o § 1º far-se-á por via postal com aviso de recebimento e, não comparecendo o beneficiário nem apresentando defesa, será suspenso o benefício, com notificação ao beneficiário. § 3º Decorrido o prazo concedido pela notificação postal, sem que tenha havido resposta, ou caso seja considerada pela Previdência Social como insuficiente ou improcedente a defesa apresentada, o benefício será cancelado, dando-se conhecimento da decisão ao beneficiário.”

<sup>2</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Cobrança de Benefícios Indevidos**, 2012, p. 7

<sup>3</sup> “Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios: (...) II - pagamento de benefício além do devido; (...)§ 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé.”

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2012, p. 469.

frequência. Mas o enfrentamento do problema tem, na maioria dos casos, se limitado a um sopesamento dos princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da irrepetibilidade das verbas de natureza alimentar.<sup>5</sup> O que se pretende é analisar a questão sob o prisma administrativista, nas linhas que seguem.

## 2. O ATO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA INVALIDAÇÃO

Seja qual for o conceito de ato administrativo que se adote (mais ou menos restritivo), tentaremos apenas demonstrar, de proêmio, que o ato de concessão do benefício previdenciário é, sem dúvida, um ato administrativo.

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ato administrativo é aquela declaração proferida no exercício concreto da função administrativa, de forma a atender de modo imediato e concreto às exigências individuais ou coletivas, satisfazendo os interesses públicos preestabelecidos em lei<sup>6</sup>, desde que praticado pelo Estado ou por quem o represente, e sob o regime de direito público.

Trata-se de um conceito menos amplo do que aquele adotado por outros doutrinadores, como Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>7</sup>, que inclui entre os atos administrativos outros atos não incluídos no conceito da eminente administrativista, como os atos normativos exarados pela Administração Pública para o fiel cumprimento da lei (por exemplo, os decretos) e os atos convencionais (como os contratos administrativos).

Na verdade, qualquer que seja o conceito que se agasalhe, dentre aqueles propostos pelos referidos doutrinadores, e pela maioria da doutrina, é indene de dúvidas que o ato de concessão do benefício previdenciário é um **ato administrativo**, isto é, uma declaração do Estado passível de controle judicial que visa dar cumprimento ao disposto em lei,

<sup>5</sup> Vejamos alguns casos concretos decididos pelo STJ: acórdão da 3ª Seção, REsp 991.030/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14/5/2008, DJe de 15/10/2008; acórdão unânime da 5ª Turma, AgRg no REsp 1.058.348/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. 25/9/2008, DJe de 20/10/2008; acórdão unânime da 5ª Turma, AgRg no AREsp nº 12.844/SC, rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/8/2011, DJe de 2/9/2011; acórdão unânime da 6ª Turma, AgRg no AREsp 33.649/RS, rel. Min. Og Fernandes, j. 13/03/2012, DJe de 02/04/2012. Tais julgados têm por fundamento, em suma, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, a impedir o INSS de ressarcir-se do que foi recebido indevidamente pelo segurado, se ficar caracterizada a boa-fé deste último.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 2013, p. 201. Segundo a autora, “costuma-se apontar três características essenciais da função administrativa: é parcial, concreta e subordinada. É parcial no sentido de que o órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide, distinguindo-se, sob esse aspecto, da função jurisdicional; é concreta, porque aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica de generalidade e abstração própria da lei; é subordinada, porque está sujeita a controle jurisdicional”.

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2012, p. 390.



obediente ao regime jurídico de direito administrativo.

É que, conforme pondera Rafael Valim,<sup>8</sup> pode-se dizer que o ato administrativo é o resultado do exercício da função administrativa, através do qual se declara, constitui, modifica e extingue direitos dos administrados. Então, é inegável que o ato de concessão de um benefício previdenciário tem a natureza jurídica de um ato administrativo.

De resto, confirma tal assertiva a inevitável constatação de que o procedimento de concessão e manutenção de benefício é também um processo administrativo, na medida em que se trata de uma relação jurídica estabelecida na intimidade da função administrativa com o propósito de formação de ato administrativo conclusivo que dará concretude ao exercício do dever-poder estatal,<sup>9</sup> ou seja, uma sucessão de atos que deságua num ato de concessão ou não de um benefício previdenciário, com características e pressupostos de um verdadeiro ato administrativo, e que, portanto, deve observar o regramento da matéria previsto em nossa legislação administrativa.

A partir da conclusão de que se trata de um ato administrativo, necessário se faz investigar quais são as consequências advindas de sua invalidação (por desconformidade à legislação), por meio da análise de quais seriam os efeitos da invalidação de um ato administrativo. A invalidação, como se sabe, consiste na retirada de atos praticados em dissonância com o Direito, de modo a readequar a conduta estatal com o que determina o sistema legal positivado, ao contrário da revogação, que também é a retirada do ato, mas tem por fundamento razões de conveniência e oportunidade.

Ambos os fenômenos jurídicos – a invalidação e a revogação – são formas de extinção do ato administrativo. Mas os fundamentos que os embasam, seus motivos e os efeitos que produzem são bastante distintos. Quanto aos fundamentos, já vimos que diferem por ser o da invalidação o dever de obediência ao princípio da legalidade, ao passo que o da revogação reside no exercício da competência discricionária do agente estatal.

Mas há diferenças também no que atine ao motivo e aos efeitos. O motivo da invalidação é a existência de um ato em desconformidade com a ordem jurídica, enquanto que o da revogação é a inoportunidade ou inconveniência do ato. Já no que tange aos efeitos,

---

<sup>8</sup> VALIM, Rafael. **O princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**, 2010, p. 71.

<sup>9</sup> PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direitos**, 2011, p. 71.

Weida Zancaner<sup>10</sup> discorre que o ato revogador somente é apto a provocar efeitos *ex nunc* (não retroativos), pois não questiona a existência de oportunidade e conveniência à época em que o ato foi produzido, e sim considera a ausência de tais atributos em momento posterior, quando da prática do ato revogador.

Mas e quanto aos efeitos do ato invalidador?

Na obra “Atos Administrativos Ampliativos de Direitos”,<sup>11</sup> Bruno Aurélio expõe que, como regra geral, sedimentou-se o entendimento, tanto na doutrina como na jurisprudência, de que a invalidação opera com eficácia *ex tunc* (fulminando os efeitos de forma a retroagir à data em que o ato foi praticado), pois haveria uma vedação sistêmica à manutenção dos efeitos originados de atos produzidos em contrariedade à legislação (ao passo que na revogação, como já exposto, a eliminação do ato viciado ocorre a partir do ato revogador, ou seja, *ex nunc*, respeitados os efeitos produzidos desde a emissão até a revogação do ato).

No entanto, referido autor revela que esse entendimento vem passando por uma releitura, em especial no que diz respeito aos **atos administrativos ampliativos da esfera de direitos do administrado**, já que a teoria originária pouco considerava o princípio da segurança jurídica, além de ter sido formulada em momento fático e jurídico antecedente, “distante da realidade prestacional praticamente onipresente do Estado”.<sup>12</sup>

É exatamente nesta categoria – atos administrativos ampliativos da esfera de direitos dos administrados – que se encaixa o ato de concessão do benefício, sendo necessário um aprofundamento do exame da questão.

---

<sup>10</sup> ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**, 2008, p. 82-83. Segundo a autora, “inexiste o chamado vício de mérito no direito administrativo, já que a inconveniência ou a inoportunidade originária nada mais seriam que um vício de legalidade, pois, se de plano pudermos concluir que um ato foi exarado já em dissonância com o interesse público, seremos forçados a admitir, em razão de nossa concepção de discricionariedade, que este ato padece de vício de legalidade, e não de mérito”.

<sup>11</sup> AURÉLIO, Bruno. **Atos Administrativos Ampliativos de Direitos**, 2011, p. 170.

<sup>12</sup> AURÉLIO, Bruno. **Atos Administrativos Ampliativos de Direitos**, 2011, p. 171.

### 3. O IMPACTO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS DAS PESSOAS PRIVADAS

Os órgãos e entidades da Administração Pública praticam diuturnamente atos administrativos com diversos impactos nos direitos fundamentais dos cidadãos, sejam eles atos sancionadores, ampliativos de direitos ou vinculados ao direito administrativo de ordenação social (limitações e/ou homologações de atos privados lícitos)<sup>13</sup>. Entre os direitos atingidos, encontra-se, sem dúvida, o direito fundamental à segurança jurídica.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>14</sup>, o princípio da segurança jurídica foi inserido no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99<sup>15</sup>, entre os princípios que regem o direito administrativo, com o objetivo de impedir a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública, conforme, inclusive, ficou explicitado no parágrafo único, inciso XIII, do mesmo dispositivo (que estabelece, entre os critérios a serem observados nos processos administrativos, “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”).

No entanto, a autora alerta que essa ideia inspiradora da inclusão do referido princípio, na Lei nº 9.784/99, não esgota todo o seu sentido. O princípio da segurança jurídica, segundo ela, “informa vários institutos jurídicos, podendo mesmo ser inserido entre os princípios gerais do direito (...)”.

E como aspecto subjetivo da segurança jurídica, a eminente professora da USP revela a existência do princípio da confiança. Os dois andam estreitamente associados, sendo que alguns doutrinadores englobam ambos em um princípio só, chamando-o de princípio da segurança jurídica. Seja como for, a autora ressalta que o princípio da confiança, em verdade, prestigia a boa-fé do cidadão, “que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, mantidos e respeitados pela própria Administração”.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. As Várias Dimensões do Processo Administrativo Brasileiro (um Direito-Garantia Fundamental do Cidadão). In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, FERRAZ, Sérgio, ROCHA, Silvio Luís Ferreira da e SAAD, Amauri Feres (Coord.). **Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**, 2014, p. 361.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 2013, p. 85-90.

<sup>15</sup> “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 87.

Ou seja, o cidadão que, de boa-fé, acredita na validade dos atos produzidos pela Administração Pública, não pode ser prejudicado por erro desta, pois a crença que depositou na legalidade dos atos por ela praticados é emanção própria de sua condição de administrado, podendo ser considerada até mesmo um dever seu (de acreditar na legalidade dos atos administrativos).

Nesse sentido, o artigo 54 da Lei 9.784/99<sup>17</sup> reforça a importância de tais princípios, ao estabelecer um prazo de decadência, de cinco anos, para que a Administração Pública possa anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários. Em tal dispositivo, na ponderação de princípios fundamentais que regem a relação entre Administração e administrados, o legislador claramente prestigiou os valores da segurança jurídica e da confiança em detrimento do princípio da legalidade.

O mesmo ocorre na situação prevista no artigo 103-A da Lei 8.213/91,<sup>18</sup> que fixou em dez anos o prazo para anulação de atos administrativos de que resultem benefícios indevidos a segurados e dependentes, a contar do dia em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Acerca do tema, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari concluem que, embora a Administração tenha o poder-dever de anular os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, este poder-dever deve ser limitado no tempo sempre que, no caso concreto, as peculiares circunstâncias exigirem a proteção jurídica de beneficiários de boa-fé, “em decorrência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança”.<sup>19</sup>

É de se observar, aliás, que todos esses dispositivos legais, que privilegiam a segurança jurídica e a confiança do cidadão em relação aos atos estatais, se inserem em um contexto de elevado intervencionismo estatal, característica marcante do Estado Contemporâneo, que tem um importante papel a desempenhar na consecução das políticas sociais.

A consagração do Estado Social de Direito, dentro do qual se insere a prática bastante

---

<sup>17</sup> “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

<sup>18</sup> “Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

<sup>19</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 2014, p. 516-517.

difundida de concessão de vantagens as mais diversas em favor dos administrados, faz emergir, ainda mais, a preocupação com a estabilidade jurídica. É a estabilidade das regras do jogo, combinada com a previsibilidade do que está por vir, que condiciona a ação humana. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio da segurança jurídica é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra em sua base, em seu ponto de partida”.<sup>20</sup>

A Constituição da República, ao tratar da Administração Pública, dispõe que o Estado deve ser probo, honesto, responsável. É o que decorre dos artigos 37 e seguintes, que estabelecem uma série de princípios e regras que impõem a prática de atos que caminhem nessa direção. Diante disso, e levando em consideração também o princípio da legitimidade dos atos estatais, é consequência natural a crença, por parte dos administrados, de que os atos administrativos estão em conformidade com a ordem jurídica. O cidadão confia no Estado, acredita naquilo que ele diz, e projeta sua vida, seus desígnios pessoais, conforme as emanções advindas da Administração.<sup>21</sup>

Se a Administração Pública diz ao segurado que ele tem direito a um determinado benefício, no valor X, é evidente que a manifestação é tida como verdadeira. O segurado acredita nela, e passa a contar com aquela renda mensal, organizando seu orçamento pessoal em função dela (estabilidade jurídica). Até porque, na maioria das vezes, os segurados da Previdência são pessoas sem conhecimento nas áreas do direito e da contabilidade, muitas vezes sequer completaram os ensinos fundamental ou médio. Quase sempre estão em posição bastante inferiorizada em face de todo o aparato estatal.

Portanto, se o Estado pretende extinguir um ato por ele praticado, mesmo que pela invalidação (via idônea para a recomposição da legalidade), deve fazê-lo com estrito respeito a essa confiança que os administrados depositam em sua atuação. Nesse sentido é que se diz, hodiernamente, que embora a invalidade seja lógica e cronologicamente anterior à invalidação (que serve justamente ao restabelecimento da ordem jurídica anteriormente atacada), **o ato administrativo invalidador produzirá efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* em função, respectivamente, da natureza ampliativa ou restritiva do ato invalidado.**

A jurisprudência, por sua vez, vem agasalhando esse entendimento, fundamentando que a irrepetibilidade das verbas de caráter alimentar recebidas de boa-fé se sobrepõe ao

---

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**, 2010, p. 12.

<sup>21</sup> VALIM, Rafael. **O princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**, 2010, p. 111.

princípio do enriquecimento sem causa não somente por conta de sua natureza alimentar, mas também em razão da confiança que o administrado deposita no acerto dos atos produzidos pelo poder público. Em recente julgado<sup>22</sup>, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decretou a impossibilidade de ressarcimento, por parte da União, de verbas pagas a título de benefício previdenciário em virtude de sentença judicial, que havia sido confirmada pelo Tribunal de segunda instância, mas em seguida fora derrubada pelo próprio STJ. Embora tenha derrubado a decisão que concedeu à parte o benefício, **o referido Tribunal Superior negou o pedido da União para que fossem devolvidos aos cofres públicos o que já tinha sido pago.**

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais (TNU) também já produziu decisão com o mesmo fundamento, isto é, indeferiu a pretensão de ressarcimento do INSS de verbas pagas indevidamente a título de benefício previdenciário com base no **“valor superior da segurança jurídica, que se desdobra na proteção da confiança do**

---

<sup>22</sup> Eis a Ementa: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA QUE DETERMINA O RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DECISÃO REFORMADA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. A dupla conformidade entre a sentença e o acórdão gera a estabilização da decisão de primeira instância, de sorte que, de um lado, limita a possibilidade de recurso do vencido, tornando estável a relação jurídica submetida a julgamento; e, de outro, cria no vencedor a legítima expectativa de que é titular do direito reconhecido na sentença e confirmado pelo Tribunal de segunda instância. 2. Essa expectativa legítima de titularidade do direito, advinda de ordem judicial com força definitiva, é suficiente para caracterizar a boa-fé exigida de quem recebe a verba de natureza alimentar posteriormente cassada, porque, no mínimo, confia - e, de fato, deve confiar - no acerto do duplo julgamento. 3. Por meio da edição da súm. 34/AGU, a própria União reconhece a irrepetibilidade da verba recebida de boa-fé, por servidor público, em virtude de interpretação errônea ou inadequada da Lei pela Administração. Desse modo, e com maior razão, assim também deve ser entendido na hipótese em que o restabelecimento do benefício previdenciário dá-se por ordem judicial posteriormente reformada. 4. Na hipótese, impor ao embargado a obrigação de devolver a verba que por anos recebeu de boa-fé, em virtude de ordem judicial com força definitiva, não se mostra razoável, na medida em que, justamente pela natureza alimentar do benefício então restabelecido, pressupõe-se que os valores correspondentes foram por ele utilizados para a manutenção da própria subsistência e de sua família. Assim, a ordem de restituição de tudo o que foi recebido, seguida à perda do respectivo benefício, fere a dignidade da pessoa humana e abala a confiança que se espera haver dos jurisdicionados nas decisões judiciais. 5. Embargos de divergência no recurso especial conhecidos e desprovidos. (EREsp 1086154/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2013, DJe 19/03/2014)

## **cidadão nos atos estatais”.**<sup>23</sup>

Ora, se a Administração Pública está confessando que afrontou a ordem jurídica e quer consertar o erro mediante a fulminação da ilegalidade em que incorreu, seria incongruente que as consequências nefastas da falta que cometeu fossem sofridas pelo particular, que de boa-fé tenha atuado em conformidade a um ato presumidamente legítimo, advindo do ente estatal onipresente e aparelhado.<sup>24</sup> Assim, não resta outra conclusão possível que não a de que não será possível exigir do segurado tudo aquilo que ele recebeu indevidamente.

Nesses casos, o ato de concessão, apesar de nulo, terá seus efeitos pretéritos resguardados, devendo a Administração respeitar o fato de que o segurado confiou nela e projetou sua vida com base naquele ato que ampliou sua esfera de direitos, conferindo-lhe uma renda mensal em um determinado valor. Seria injusto que o segurado sofresse as consequências nefastas de um erro que partiu da própria Administração, sendo obrigado a devolver aos cofres públicos aquilo que já gastou para a manutenção de sua condição de vida.

---

<sup>23</sup> Ementa: PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. DIVERGÊNCIA ENTRE TURMAS RECURSAIS DE DIFERENTES REGIÕES. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS DA SEGURIDADE SOCIAL. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. IRREPETIBILIDADE. PRECEDENTES. IMPROVIMENTO. Cabe Pedido de Uniformização Nacional quando demonstrada a divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais de diferentes Regiões. 2. O acórdão recorrido determinou a cessação do desconto na pensão por morte da parte recorrida motivado na inexistência de má-fé, em que pese o recebimento indevido de benefício assistencial. 3. Não se deve exigir a restituição dos valores que foram recebidos de boa-fé pelo beneficiário da Seguridade Social em decorrência de erro administrativo. Precedentes: STJ, REsp 771.993, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.10.2006, DJ 23.10.2006, p. 351; TRF4, AC 2004.72.07.004444-2, Turma Suplementar, Rel. Luís Alberto D. Azevedo Aurvalle, DJ 07.12.2007; TRF3, AC 2001.61.13.002351-0, Turma Suplementar da 3ª Seção, Rel. Juíza Giselle França, DJ 25.03.2008. 4. A irrepetibilidade não decorre apenas do dado objetivo que é a natureza alimentar do benefício da Seguridade Social ou do dado subjetivo consistente na boa-fé do beneficiário (que se presume hipossuficiente). Como amálgama desses dois dados fundamentais, está a nos orientar que não devem ser restituídos os valores alimentares em prestígio à boa-fé do indivíduo, o valor superior da segurança jurídica, que se desdobra na proteção da confiança do cidadão nos atos estatais. 5. Neste contexto, a circunstância do recebimento a maior ter-se dado em razão de acumulação de benefícios vedada em lei é uma variável a ser desconsiderada, sendo desimportante, outrossim, o valor do benefício. 6. Incidente conhecido e improvido. (TNU, PEDILEF 200481100262066, unânime, Rel. Juiz Federal JOSÉ ANTONIO SAVARIS, DOU 25/11/2011).

<sup>24</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo.**, 2010, p. 94

#### 4. DA POSSIBILIDADE DE QUE O NULO PRODUZA EFEITOS

Nessa perspectiva, também não prospera a alegação muitas vezes levantada de que o que é nulo não pode produzir efeitos (*quod nullum est nullum producit efectum*). A doutrina civilista já há muito tempo vem refutando a ideia contida em referido brocardo, aduzindo que atos nulos podem sim produzir efeitos.

Maria Helena Diniz<sup>25</sup>, por exemplo, ressalta a existência de várias exceções, na própria legislação civil, à regra de que a declaração de nulidade do ato produz efeitos *ex tunc*, alcançando a declaração de vontade no momento da emissão: além da hipótese do casamento putativo realizado com boa-fé de ao menos uma das partes, aponta as vantagens do possuidor de boa-fé, que fica com os frutos percebidos e é indenizado pelas benfeitorias que realizar na coisa (artigos 1.214 e 1.219, CC), e também alude à impossibilidade de se reclamar do que se pagou ao incapaz, se não se provar que reverteu em proveito dele a importância paga (artigo 181).

Na mesma linha, Sílvio de Salvo Venosa<sup>26</sup> assevera que essa regra de que “o que é nulo não pode produzir qualquer efeito” deve ser entendida com o devido temperamento, pois, na maioria das vezes, o ato juridicamente nulo acaba por produzir efeitos materiais, que não podem ser ignorados. É que não há como negar que o ato de fato existiu, ele apenas está eivado de vício que impossibilita o reconhecimento de sua validade jurídica. É inegável, portanto, segundo o autor, que o ato nulo produz efeitos, apesar de serem estes limitados à seara das relações fáticas.<sup>27</sup>

Também neste sentido, o CJF (Conselho da Justiça Federal),<sup>28</sup> pelo Enunciado nº 537, determinou que “a previsão contida no artigo 169<sup>29</sup> não impossibilita que,

---

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 2014, p. 595.

<sup>26</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, 2014, p. 524.

<sup>27</sup> No mesmo sentido, GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 15.ed. v.I, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435.

<sup>28</sup> Colegiado com sede em Brasília/DF, integrado pelo Presidente e pelo Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), três Ministros deste mesmo Tribunal e pelos Presidentes dos cinco Tribunais Regionais Federais do país, que realiza atividades de ensino e pesquisa, voltadas ao aprimoramento da Justiça e realizadas pelo seu Centro de Estudos Judiciários, para a reflexão e de difusão de conhecimentos (Lei 11.798/2008).

<sup>29</sup> De acordo com o art. 169, do Código Civil, “O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.



excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela”. Ou seja, nada impede que o ato nulo produza efeitos, isso dependerá do que dispuser o sistema de normas e princípios em voga.<sup>30</sup>

Portanto, os atos nulos não são aqueles que não produzem efeitos, mas os que não deveriam produzi-los. Tanto é verdade que, se ninguém perceber o vício que os enferma, esses atos produzirão efeitos normalmente, para sempre, como se atos perfeitamente regulares fossem. Somente deixarão de produzir efeitos caso sejam abortados.<sup>31</sup>

Assim, nada impede a conclusão de que uma vez pronunciada pela Administração a invalidade de um ato seu, os efeitos dele decorrentes sejam preservados. Ao menos no que diz respeito aos efeitos pretéritos (ou seja, a partir da descoberta do erro, o segurado passará a receber apenas aquilo que realmente faz jus, ou deixará de receber aquilo que nunca fez jus: mas não terá que devolver tudo aquilo que recebera, de boa-fé, em virtude de erro que não foi seu).

## 5. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim sendo, a solução a ser dada nos casos em que o segurado, como administrado, atuou sempre de **boa fé**, tendo sido inicialmente beneficiado por ato administrativo **ampliativo** de sua esfera de direitos, é o da produção de efeitos **não retroativos** do ato administrativo de revisão (*ex nunc*), pois não é justo cobrar do segurado um ressarcimento de valores recebidos a maior sem que este tenha agido de má-fé.

Tal conclusão guarda total sintonia com o pensamento de Celso Antonio Bandeira de

---

<sup>30</sup> Referindo-se ao tema, Pontes de Miranda afirma o seguinte: “Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes. O testamento, antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento da eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; **mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo**”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t.IV. Atualizada por MELLO, Marcos Bernardes de e EHRHARDT, Marcos. São Paulo: RT, 2013, p. 67.

<sup>31</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**, 2010, p. 95.

Mello que, dada a sua importância, merece ser transcrito:

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das conseqüências onerosas. Pelo contrário, **nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada.**

**Com efeito, se os atos em questão foram obra do próprio Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aquela praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos. Não há duvidar que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração - com ressalva de eventuais barreiras à invalidação, dantes mencionadas (n. 166) - deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente.<sup>32</sup>**

De resto, trata-se de entendimento que atende às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, que demanda fórmulas de limitação do poder que previnam o arbítrio e a injustiça, inspirando os demais direitos fundamentais, “atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à **segurança**.”<sup>33</sup>

Em suma, nada impede que o INSS realize auditorias e corrija os erros do passado, mas os efeitos dessas revisões devem ser **pro futuro**, corrigindo-se as conseqüências desses erros a partir de sua constatação. Esse entendimento só não é válido caso o segurado tenha agido de má-fé, de modo a ludibriar a Administração Pública, algo que carece de comprovação, como é cediço.

---

<sup>32</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 487-488.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

## REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Bruno. **Atos administrativos ampliativos de direitos, revogação e invalidação**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31.ed. v.I., São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 15.ed. v.I, São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Cobrança de benefícios indevidos**. São Paulo: LTr, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. As Várias Dimensões do Processo Administrativo Brasileiro (um Direito-Garantia Fundamental do Cidadão). In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, FERRAZ, Sérgio, ROCHA, Silvio Luís Ferreira da e SAAD, Amauri Feres (Coord.). **Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t.IV. Atualizada por MELLO, Marcos Bernardes de e EHRHARDT, Marcos. São Paulo: RT, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4.ed. São Paulo:

Malheiros, 2005.

VALIM, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 14.ed. v.I., São Paulo: Atlas, 2014.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À  
SAÚDE, O SISTEMA ÚNICO E O RISCO DA  
DESSENSIBILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

*Maria Elisa Villas Bôas*

*REFLECTIONS ON THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT  
TO HEALTH, THE BRAZILIAN HEALTHCARE SYSTEM AND  
THE RISK OF SENSIBILITY LOSS FROM JUDGES*



# A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, O SISTEMA ÚNICO E O RISCO DA DESSENSIBILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

REFLECTIONS ON THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH, THE BRAZILIAN HEALTHCARE SYSTEM AND THE RISK OF SENSIBILITY LOSS FROM JUDGES

*Maria Elisa Villas Bôas.*

*(Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professora de Ciência Política e Direito Constitucional na Faculdade de Direito da UFBA. Defensora Pública Federal em Salvador/BA. Médica Pediatra e membro do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da Faculdade de Medicina da UFBA).*

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. (Ruy Barbosa)

*The good news is that modern medicine can work miracles. The bad news is that it is very expensive and that many healthy expenditures do not seem to yield benefits worth their cost (Henry Aaron e William Schwartz)<sup>1</sup>*

## RESUMO

O texto versa sobre o cotejo entre a proteção jurídico-constitucional à saúde, a disciplina do SUS e as dificuldades à efetivação desse direito. São questões que cada vez mais frequentemente batem às portas do Judiciário, não raro por atuação da Defensoria Pública, de modo que se mostra necessário pensar estratégias para a matéria, a fim de se obterem os melhores resultados possíveis, sem olvidar as repercussões na

---

<sup>1</sup> AARON, Henry; SCHWARTZ, William. *The Painful Prescription: Rationing Hospital Care*. Washington: Brookings Institution, 1984, p. 03. Em tradução livre: A boa notícia é que a medicina moderna pode operar milagres. A má notícia é que ela é muito cara e que muitos investimentos em saúde não parecem produzir benefícios que compensem os custos.



administração de recursos limitados, face a necessidades ilimitadas e tendencialmente crescentes. A inobservância de tais aspectos práticos pode fazer com que o aumento mesmo das demandas e sua crescente individualização, nem sempre com a evidência dos cuidados precedentes à judicialização, terminem por levar a uma dessensibilização dos julgadores à relevância humana da matéria em questão.

**Palavras-chave:** Direito constitucional à saúde. Efetividade. Alocação de recursos. Sistema Único de Saúde. Ações judiciais.

## **ABSTRACT**

The text discusses the constitutional protection of health, the legal discipline for the public health service and the difficulties for the accomplishment of this right. These questions arrive more and more to Judiciary, frequently by action from the public defender, so it is necessary to think about the best strategies for the theme, to obtain the best results possible, without forgetting the repercussions on the administration of limited resources for unlimited and growing needs. The lack of attention to these points and the increasing number of actions may conduce, along the time, to a loss of sensibility from the judges about the human aspects connected to the theme.

**Keywords:** Constitutional right to health. Effectiveness. Allocation of resources. National health service. Judicial actions.

Data de submissão: 27/01/2015.

Data de aceitação: 25/04/2015.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. A SAÚDE ENTRE O “LUXO” E O “LIXO”. 3. A DISCIPLINA SANITÁRIA E OS PRINCÍPIOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. 4. DEMANDAS JUDICIAIS EM SAÚDE: COMO AVANÇAR EM DIREÇÃO AO QUE PARECE NÃO TER SAÍDA? 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

### 1. INTRODUÇÃO

Cada vez mais frequentemente chegam ao Judiciário demandas relacionadas a questões de saúde. Cada vez mais frequentemente se busca do Estado, mediante a instância judicial (e não raro pelas mãos da Defensoria Pública Federal), respostas e soluções para desafios médicos, sob o manto do sagrado e fundamental direito à saúde.

Dificuldades como a dúvida acerca dos aspectos médicos envolvidos, a questão da escassez, a falta de previsão orçamentária e a discricionariedade das opções administrativas, em contraponto ao argumento dos direitos fundamentais à vida e à saúde, põem em ainda maior evidência o potencial de tragicidade dessas decisões.

De outro lado, como equilibrar tais demandas no tênue limite entre as necessidades e os excessos, que geram descrédito e despesas vãs – não somente de recursos, mas de esperanças? Como conciliar a exigência de um posicionamento judicial justo e efetivador de direitos constitucionalmente garantidos, face às dificuldades arroladas, sem afrontar o direito individual, mas, também, sem desconsiderar a isonomia e o equilíbrio coletivo? Sob o prisma institucional, como operacionalizar medidas e parâmetros racionais, no âmbito da Defensoria Pública, ainda mais quando envolvidos bens de natureza tão grave e momentos tão delicados?

O texto traz um alerta pouco simpático e nem sempre otimista, do ponto de vista defensorial, mas quiçá necessário à definição de abordagens futuras consistentes, ante uma sutil tendência ao pragmatismo judiciário que se vem observando gradativamente sobre o tema, notadamente em época de crise econômica acerba, como se vem delineando no país, quando não se tem hesitado em sangrar as garantias securitárias e sociais da

população, como recentemente se viu com a MP 664/2014, *verbi gratia*, em busca de viabilizar o equilíbrio econômico nas finanças estatais.

O primeiro passo para compreender a questão e pensar soluções mais razoáveis é buscar analisá-las objetivamente, sem a premência dos prazos – judiciais ou médicos – tentando contextualizar o direito fundamental à saúde como direito social, mas também individual, em cotejo com os princípios gestores de sua prestação no ordenamento pátrio.

Mister buscar nortear as condutas como instituição, a fim de otimizar os mecanismos disponíveis para alcançar a efetivação da saúde, não só a curto, como também a médio prazo, quando o Judiciário parece caminhar para um processo de dessensibilização ante tais pedidos, secundando o grande número de ações e concessões judiciais na área. Nos últimos anos, observou-se certa tendência, no campo das ações judiciais em saúde, a tornar regra a judicialização excepcional, sujeitando-se às críticas originalmente reputadas falaciosas, quer no âmbito da reserva do possível, quer na seara da invasão de esferas entre os poderes públicos. E se torna preciso repensar novas vias, que não desprezem o necessário recurso ao Judiciário, nem o banalizem, a ponto de o pedido judicial em saúde já não consternar o julgador.

Como de há muito lecionavam os mestres gregos, a virtude está no meio... Mas nem por isso é fácil encontrá-la.

## **2. A SAÚDE ENTRE O “LUXO” E O “LIXO”**

Vive-se uma época de inegável medicalização da vida, ao lado da visível tendência à judicialização da saúde.

Sob um ângulo, os avanços técnicos crescem exponencialmente, gerando expectativas e esperanças. Sob outro, os avanços são reconhecidamente custosos e nem sempre movidos apenas pelas boas intenções de quem os desenvolve. A indústria farmacêutica é, hoje, inegavelmente, uma das mais custosas e mais rentáveis do mundo, ao lado da indústria

bélica<sup>2</sup>, e sua atuação junto aos profissionais muitas vezes aumentam, no imaginário coletivo, a eficiência de determinadas terapêuticas, ainda mais quando o temor da morte se avizinha e a promessa de uma melhor qualidade de vida se anuncia como bem ao alcance de todos ou, ao menos, de quem possa com ela arcar financeiramente.

De se ver, contudo, primeiramente, que o crescimento da indústria farmacêutica se faz, majoritariamente, à custa de produtos estéticos ou de medicações de alto custo para tratamento das chamadas “doenças do desenvolvimento” (câncer, doenças cardíacas e vasculares, entre outras), enquanto inúmeras doenças associadas à pobreza permanecem na condição de chamadas “doenças órfãs”, pois a falta de condições dos beneficiários para arcar com os custos da produção de novas medicações não estimula os investimentos necessários à pesquisa na área<sup>3</sup>. Decorrencia disso é que muitos dos pedidos apresentados judicialmente versa, não raro, acerca de novos quimioterápicos, muitas vezes recém-saídos dos laboratórios e de eficácia ainda em fase de certificação.

Dois aspectos daí decorrem: de um lado, a dificuldade em manter atualizadas as listas de prestações públicas em saúde, face aos rápidos avanços do setor. De outro, o risco de se recair na armadilha do capitalismo farmacêutico, com produtos caríssimos, que nem sempre correspondem às expectativas que ensejam ao requerente, aumentando em muito as despesas da saúde pública, em detrimento do cuidado coletivo.

Embora moralmente não se possa nem deva sustentar um pensamento marcadamente utilitarista na espécie, sobretudo quando em jogo a vida e a saúde de alguém, bens inegociáveis, é de se observar que tais dificuldades não têm passado incólumes aos julgadores, notadamente quando assistem diuturnamente ao crescimento exponencial de demandas que tais.

Assim é que, há uns poucos anos, após o reconhecimento pós-positivista de uma fase de valorização principiológica e de primazia dos direitos humanos, a epígrafe de direito à saúde sobre um pedido era a quase certeza de obtenção de qualquer recurso pela via

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, cf. DRANE, James; PESSINI, Leo. **Medicina e Tecnologia**: Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano. São Paulo: Loyola, 2005, p. 207 et seq.

<sup>3</sup> Sobre o crescimento dos investimentos na área farmacêutica, cf. ALVES, Jeovanna Viana et al. **Indústria farmacêutica, poder e subdesenvolvimento**: a Bioética na Investigação de Novos Medicamentos. In. Sexto Congresso Mundial de Bioética, 2002, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. Anais..., 2002, p. 152; e BERGEL, Salvador Darío. Responsabilidad Social y Salud. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v.2, n.4, p. 443-467, 2006, p. 453.

judiciária. Afinal, a constituição salvaguarda a vida e a saúde como direitos humanos fundamentais, e o reconhecimento de um federalismo cooperativo em relação ao SUS, no âmbito de um Estado que se pretende Social, superava questões técnicas ou burocráticas infraprincipiológicas, comumente agitadas pela advocacia estatal.

Grandes vitórias se conquistaram, como a possibilidade de bloqueio de verbas públicas e a fixação de **astreintes** no descumprimento das tutelas antecipadas; o afastamento dos argumentos reiterados da ilegitimidade passiva simultânea dos entes públicos, em vista da descentralização administrativa do SUS, da insindicabilidade das decisões discricionárias da Administração, da inflexibilidade da separação de poderes ou, ainda, a menção vaga e incomprovada à reserva do possível e à falta de previsão orçamentária.

Recentemente, contudo, começou a tomar corpo a percepção de que o crescente número de pedidos requer parâmetros mais razoáveis, e talvez mais rigorosos, de avaliação. Como superar, então, a constatação jacente de que a ampliação irrefreada e sem parâmetros razoáveis de tais demandas terminaria por gerar tratamentos também desiguais e o perigo de desorganização ainda maior do que já há no sistema?

O próprio conceito de saúde mais adotado atualmente – aquele dado pela Organização Mundial de Saúde<sup>4</sup>, no preâmbulo de sua carta de constituição, que associa a condição humana salutar não apenas à ausência de doença, de incapacidade ou de condições intrinsecamente patológicas (definição realmente tautológica), ou, ainda, à simples normalidade do funcionamento orgânico, mas a um estado de **completo bem-estar físico, mental e social** – mostra-se de tal vagueza e dificuldade prática de obtenção, pelos mais diversos motivos, que seria de se questionar se alguém se poderia dizer de fato saudável nesses termos!

E não há limites, num mundo globalizado e repleto de ofertas, para se identificar o que seria um completo bem-estar físico, mental e social, especialmente no que tange às promessas de consumo, pois também em relação à saúde há produtos que visam à comodidade, mais que à necessidade; e perspectivas hiperdimensionadas de sucesso não comprovado.

Nessa linha de difícil precisão se situam, *exempli gratia*, pleitos por cobertura de

---

<sup>4</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constitution of the World Health Organization. Basic Documents*. Geneva: OMS, 1946. Disponível em <[http://whqlibdoc.who.int/hist/official\\_records/constitution.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf)>, acessado em 20.ago.08.

procedimentos meramente estéticos, sem caráter reparador, funcionalmente desnecessários e muitas vezes de alto custo, fugindo, assim, à noção de essencialidade que caracteriza o Sistema (ainda que tampouco seja unânime a noção de essencialidade,<sup>5</sup> notadamente em face da amplitude do conceito de saúde adotado pela OMS, como visto acima). A reprodução assistida não se acha coberta pelo SUS ou pela maioria os planos de saúde, embora se discuta eventual direito a um filho, como possível parte da previsão constitucional de planejamento familiar. Já pleitos por próteses penianas e que tais, de escopo funcional, parecem alinhar-se a uma noção mais ampla, porém razoável, no âmbito da saúde reprodutiva.

De outro lado, mesmo nos casos reconhecidamente eficazes, o custo de determinados recursos nem sempre os torna viáveis como políticas públicas. Projeção feita por Fabíola Vieira,<sup>6</sup> em relação a determinado tratamento para a hepatite C, patologia viral crônica, requerido judicialmente em pleitos individuais, em substituição ao tratamento oferecido pelo SUS, evidenciou que, sendo a prevalência da doença no país estimada em 1% da população, se o SUS se propusesse a tratar um quarto (0,25%) dessas pessoas (o que equivaleria a cerca de 467.000 pessoas) com o medicamento *interferon peguilado*, o mais moderno à época de sua pesquisa, com aplicações uma vez por semana durante quarenta e oito semanas – o tempo do tratamento – ao custo individual da aplicação de R\$ 1.107,49 (mil, cento e sete reais e quarenta e nove centavos), chegar-se-ia ao montante de 24,8 bilhões de reais, o que equivaleria a 64% do gasto total executado pelo Ministério da Saúde em 2006, que fora da monta de 38,8 bilhões de reais naquele ano. Não significa, diz a autora, que não se devam tratar os pacientes de hepatite viral crônica, mas que é preciso empregar critérios, mesmo para a alocação dos recursos da saúde, sob pena, inclusive, de se tratar de maneira díspar cidadãos em condição similar, e de o fazer sob a chancela estatal, sem uma especificidade que o justifique.

A escassez existe. Como também existem pressões por parte da indústria farmacêutica, fomentando esperanças vãs, as chamadas tentativas heroicas, nem sempre de eficácia comprovadas, com o risco de converter parte da população em involuntários sujeitos

---

<sup>5</sup> Enquanto o SUS já reconhecia o acesso a acompanhamento psicológico, por exemplo, como serviço essencial (e de fato o é), apenas recentemente passou a constar dos planos de saúde privados o reembolso de certo número de consultas psicológicas ao ano. Procedimentos como esclerose de varizes cirurgias bariátricas também caminham na dubiedade, entre tratamentos estéticos e funcionais, requerendo análise caso a caso.

<sup>6</sup> VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Rev. Saúde Pública**, v. 42, n. 2, p. 365-369, abr. 2008.

de pesquisa em larga escala<sup>7</sup>. Ignorar simplesmente tais circunstâncias fáticas termina por ensejar péssimos frutos, a começar pela perda de credibilidade dos requerentes, especialmente aqueles reiterados, como a Defensoria, e – ainda pior – levar à gradativa dessensibilização do destinatário, o Judiciário.

Mister, então, tentar buscar, tanto quanto possível, saídas administrativas, tratativas que tendam a diminuir a necessidade de ações judiciais múltiplas, procurando interpretar os princípios gestores do SUS à luz dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, tanto sob o prisma pessoal como social, de modo a se obter a melhor tratamento possível, mas dentro de um parâmetro de razoabilidade sustentável, sem privar o cidadão de direitos, mas, também, sem virar artefato dos interesses da indústria que mais cresce no mundo, alimentando esperanças e desejos, porém nem sempre comprometida com a responsabilidade social que deveria ter.

### 3. A DISCIPLINA SANITÁRIA E OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE<sup>8</sup>

A Constituição de 1988 consagrou, por seu teor e de forma sem precedentes no país, a promessa de um Estado Social, contando, entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, e enaltecendo as garantias à cidadania, conforme seu Capítulo II do Título II, mas também em outras normas constitucionais, a exemplo do artigo 196, dedicado ao direito à saúde. A própria formulação estrutural da nova Carta, enunciando os direitos fundamentais logo em seu início, anteriormente à organização estatal, como ocorria nos Diplomas anteriores,

---

<sup>7</sup> O próprio Trastuzumabe, *verbi gratia*, quimioterápico reclamado judicialmente e hoje de comprovada eficiência, requer, para sua eficácia, a presença de determinados marcadores genéticos, que, de início, nem sempre eram verificados previamente quando da prescrição ou do pedido, gerando espécie de “teste terapêutico” de relevante repercussão econômica e de efeito a longo prazo e em larga escala para a saúde então ainda desconhecidos.

<sup>8</sup> Trecho parcialmente reproduzido na obra VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **O Direito à Saúde no Brasil: reflexões bioéticas à luz do princípio da justiça**. São Paulo: Loyola, 2014, também derivada da tese de Doutorado da Autora: VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Alocação de Recursos em Saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam**. 2009. 425 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

já denota um pioneiro espírito de valorização da pessoa e de visualização do Estado como instrumento para o seu desenvolvimento, ao menos no plano normativo.

Como importante precedente para o nascimento do SUS, aponta-se a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, que contou com ampla participação da sociedade civil, passando-se a reconhecer, como direito da população, não apenas o acesso aos diferentes níveis de assistência à saúde, mas também a participação na formulação de prioridades na área,<sup>9</sup> o que interfere nos critérios de alocação de recursos.

Assim foi que o artigo 6.º da Constituição, ao enunciar os direitos sociais, expressamente previu a saúde como um dos primeiros deles, ao lado da educação, do trabalho, da moradia (acrescida esta pela Emenda Constitucional n.º 26, em 2000), do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados. Em fevereiro de 2010, a Emenda Constitucional n.º 64 reconheceu também nesse rol a alimentação.

O direito à saúde é objeto, ainda, dos artigos 196 e seguintes da Constituição vigente, em que se enunciam as diretrizes para as políticas públicas na área. O artigo 196 é enfático em reafirmar o caráter universal desse direito, a ser assegurado não apenas como promessa em perspectiva, mas mediante ações práticas de concretização, a saber: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nos artigos seguintes, notadamente do 197 ao 200, prevê-se a possibilidade de prestação da saúde diretamente pelo Poder Público – a quem cabe, ainda, sua regulamentação, fiscalização e controle – ou através de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Franqueia-se a atuação em saúde à iniciativa privada, inclusive, de forma complementar, junto ao Sistema Único de Saúde, restringindo-se, porém, a participação

---

<sup>9</sup> MELLO, Dirceu Raposo de *et al.* Análise Bioética do Papel do Estado na Garantia ao Acesso a Medicamentos. In. GARRAFA, Volnei; MELLO, Dirceu Raposo de; PORTO, Dora. **Bioética e Vigilância Sanitária**. Brasília: ANVISA, 2007, p. 17-18; e LORENZO, Cláudio. Vulnerabilidade em Saúde Pública: implicações para as políticas públicas. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v. 2, n. 3, p. 299-312, 2006.



de empresas de capital estrangeiro, na forma da lei (art. 199).<sup>10</sup>

Em relação ao Serviço Único de Saúde (SUS), os artigos 198 e 200 o orientam, apresentando como diretrizes: “I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”. Esclarece-se, ainda, o financiamento por recursos da seguridade social e de outras fontes, determinando a aplicação de recursos mínimos em cada esfera estatal, nos termos da Emenda Constitucional n.º 29, de 2000.

Além das diretrizes constitucionais, a atuação do SUS é orientada também pela Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/90), de que se deduz, como um ponto principal, logo em seu artigo 2.º, a reafirmação da saúde como direito humano fundamental, “devendo o Estado prover as condições indispensáveis para seu pleno exercício”. Ainda nesse artigo, esclarece-se que o dever do Estado quanto à garantia da saúde consiste, além da formulação e execução de políticas públicas preventivas, no estabelecimento de condições de acesso “universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

O artigo 6.º da referida legislação regulamentadora inclui expressamente, no campo de atuação do SUS, a **assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica**. Essa disposição tem sido causa de pedir de muitas das ações individuais que pretendem o fornecimento de medicações nem sempre disponibilizadas protocolarmente pelo Sistema Único, mas que se mostram indicadas para a situação concreta do paciente. A questão é discutir quanto amplo é esse dever de provimento farmacoterápico, considerando,

---

<sup>10</sup> É de se observar que, conquanto a menção à remoção de órgãos e tecidos para transplantes encontre-se situada no artigo 199, referente à iniciativa privada, esse tipo de procedimento é executado pelo Sistema Único de Saúde no país, justamente para permitir uma maior equidade em sua gestão. A competência do referido Sistema abrange ainda, de forma não taxativa (art. 200): “I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

inclusive, que as indicações são feitas muitas vezes em usos não oficializados (*off label*), experimentais ou extraordinários, havendo de se discutir os critérios que deverão nortear a atuação estatal perante casos que tais.

Os princípios balizadores do Sistema Único de Saúde estão afirmados no artigo 7.º da Lei n.º 8.080/90, em que se sublinham:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade [...]

Entre esses princípios, verificam-se de logo aparentes contradições, tendentes a se tornarem relevantes paradoxos práticos. Ao se mencionar, por exemplo, a autonomia – importante aspecto da relação profissional-paciente, salvaguardado, entre outros, no artigo 15 do Código Civil de 2002<sup>11</sup> – há que se identificar a existência de limites no âmbito dessa autonomia. Tais limites não decorrem apenas dos cerceamentos morais e legais amplos (vedação à eutanásia, ao aborto, salvo exceções legais, ou ao auxílio ao suicídio, *verbi gratia*), mas são também advindos das próprias normas específicas, regentes do Sistema Único de Saúde, passando, a balizar não somente a autonomia do paciente, como também, em certa medida, a própria autonomia profissional<sup>12</sup>, buscando-se priorizar, em suas prescrições e entre opções tecnicamente equivalentes, aquelas já incorporadas pelo SUS. De outro lado, tampouco pode a referida autonomia médica ser mortalmente ferida, se há fundamentos relevantes para acreditar que a prescrição de determinada medicação seja

---

<sup>11</sup> **“Art. 15: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”**

<sup>12</sup> O item II do Capítulo II do Código de Ética Médica atual aponta, como direito do médico: “Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente”.

substancialmente favorável ao paciente.

Assim, como ponto de equilíbrio, o profissional deverá dar preferência às medicações e tratamentos constantes no rol do Sistema Único de Saúde, desde que em condições de equivalência, de modo que dessa escolha não advenham reconhecidos prejuízos ao paciente. Nesse sentido, um trabalho de conscientização dos profissionais médicos, mediante atuação conjunta junto a essa esfera pode ser de grande valia, para reduzir ações judiciais em vista de prescrições mal justificadas.

Mesmo em relação a atendimentos particulares, há que se evitar a prescrição desarrazoada de medicações de eficácia não comprovada, que, em última análise, virão a ser reclamadas do Sistema Único de Saúde (inclusive em vista do fator empobrecedor da doença e da universalidade prevista), convertendo o paciente em verdadeiro sujeito (ou objeto) de pesquisa não organizada e gerando gastos e expectativas vãos.

Outro aparente paradoxo se poderia assinalar em relação aos princípios arrolados nos itens II e VII. De um lado, assegura-se a integralidade da assistência. De outro, contudo, adota-se o uso da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades e a alocação de recursos. Como proceder, então, se for necessária assistência profissional para doença epidemiologicamente rara e de tratamento particularmente caro? É o que se tem notado em muitos dos casos que chegam ao Judiciário, nos quais se passa a discutir, ainda que não expressamente, a visão utilitarista e o impasse entre a prevalência do interesse individual ou coletivo na alocação de recursos em questão.<sup>13</sup>

Seguem-se, nos artigos 8.º a 19, a organização descentralizada (que compõe o nono princípio gestor do Sistema, juntamente com a direção única em cada instância) e sua divisão entre as três esferas – nacional, estadual e municipal. Cuida-se aqui de circunstância também comumente suscitada pelos entes estatais réus, arguindo não serem partes legítimas na hipótese, haja vista a separação de atribuições desenhada na legislação específica. Veja-se, contudo, que a separação de tarefas entre as esferas estatais não retira delas o dever global do Estado de provimento da saúde, cuja responsabilidade é, em última instância,

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, em prol da necessidade de análise multidimensional, inclusive para otimizar a assistência coletiva, inviabilizando a análise individualista da questão, cf. FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante.** Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/Direito\\_a\\_Saude\\_Recursos\\_escassos\\_e\\_equidade.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf). Acesso em: 25.abr.2015.

solidária.<sup>14</sup> Constata-se, assim, típico exemplo do chamado federalismo cooperativo ou de colaboração,<sup>15</sup> mais característico dos Estados de Bem-Estar Social, e em que há uma divisão de tarefas menos rígida e mais intercambiante, conforme as necessidades práticas que se apresentem, ainda que persista o princípio da subsidiariedade, segundo o qual a instância superior deve agir quando não resolvível o problema nas instâncias menores.

Nesse mister, o artigo 7.º prevê, ainda, como princípios simultâneos do Sistema: a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo (inciso IX), enfatizando a descentralização dos serviços para os municípios; a regionalização e a hierarquização da rede de serviços de saúde, bem assim a organização dos serviços públicos, de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (inciso XIII) – o que é realmente um risco na incumbência solidária. Considerando-se, todavia, a falha no provimento por todas as esferas, a motivar a provocação judicial, o mesmo artigo estipula a “conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população” (inciso XI) e a “capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência” (inciso XII), o que reafirma a noção de solidariedade federativa no dever de provimento da saúde.

Ainda no que tange à conflituosa relação entre as previsões legais e suas implementações

---

<sup>14</sup> Sobre a discussão acerca da solidariedade entre os entes estatais na área, a jurisprudência dos Tribunais Superiores já reconheceu amplamente sua existência, caracterizando a existência de um federalismo cooperativo na espécie. Anteriormente ao posicionamento judicial, já se manifestavam em favor da responsabilidade concomitante e solidária das três esferas estatais, autores como DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 37-42; e SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 101, 203; COHN, Amélia *et al.* **A Saúde como Direito e como Serviço**. São Paulo: Cortez, 2008, p. 68, entre outros, assinalando o fato de que a regionalização e a descentralização têm por escopo favorecer a acessibilidade, e não dificultá-la, não obstante, portanto, a solidariedade entre os entes públicos. Em favor da responsabilidade sucessiva, e não solidária, por força da descentralização do Sistema, cf. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 157-161.

<sup>15</sup> Cf., por todos, TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, e STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Sobre o princípio da subsidiariedade nesse caso, cf. também CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, [2003]. Ainda sobre o tema da influência do federalismo na matéria, cf. o trabalho de DALLARI, Sueli Gandolfi. *loc. cit.*, assinalando a abordagem diferenciada, em cada constituição estadual, acerca do conteúdo do direito à saúde.

práticas, é de se notar que, em 1999, foi incluído capítulo referente à atenção à saúde indígena e, em 2002, previu-se um subsistema de atendimento e internação domiciliar. Esses últimos cuidados, ditos *home care*, conquanto ainda pouco utilizados, vêm adequar-se ao quanto previsto na Constituição Federal, em seu artigo 230, parágrafo 1.º, notadamente em relação aos idosos, a saber: “§ 1.º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares”. Em 2005, acolheu-se na legislação um subsistema de acompanhamento durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, prevendo a possibilidade de acompanhante nesses eventos, a exemplo do que já fizera o Estatuto da Criança e do Adolescente, em relação à previsão de acompanhante para o menor internado no âmbito do SUS (artigo 12 da Lei 8.069/90 e Resolução n.º 41/95, sobre os direitos da criança e do adolescente hospitalizados), revelando uma tendência de humanização dos procedimentos públicos de saúde.

Na prática, ainda não se implementaram amplamente esses novos espectros do direito à saúde, mas não se os diga impossíveis nem desnecessários. É curioso notar, *verbi gratia*, que, quando do surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco era praxe a manutenção dos pais junto aos pequenos pacientes – algo que hoje soa imprescindível – e a afirmação legislativa desse direito foi reputada como inviável, dentro da estrutura hospitalar da época. Menos de uma década depois, todavia, embora não existam ainda hoje instalações ideais em termos de conforto, já não se cogita mais internar crianças ou adolescentes, sem lhes assegurar a permanência de um dos responsáveis. Demonstrou-se, com isso, que muitas das resistências à implementação de direitos são bem mais culturais, por hábito ou falta de vontade política, do que propriamente por reais inviabilidades financeiras ou operacionais. Vive-se, atualmente, similar situação quanto à previsão de acompanhante para o idoso ou a gestante em trabalho de parto.

Em relação ao planejamento e orçamento, a propósito, outro argumento habitual do Estado-réu diz respeito justamente à impossibilidade de deslocamento de verbas não previstas na organização orçamentária, dentro do Sistema Único de Saúde ou de outras áreas para este, sob pena de responsabilização fiscal. Nessa seara, porém, o artigo 36, parágrafo 2.º, da Lei n.º 8.080/90 é enfático ao estabelecer que: “É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, **exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde**” (grifou-se).

Para exercer suas atividades, o Sistema Único de Saúde conta com inúmeras outras normas gestoras – não apenas leis de âmbito nacional, mas também Portarias e normas de âmbito estadual e local – que detalham essa atuação. Assim é que, por exemplo, a Portaria n.º

3.916, de 30 de outubro de 1998, estabelece a Política Nacional de Medicamentos, a ser auxiliada por normas outras, como a Lei n.º 9.787/99, dita “Lei dos Genéricos”, definindo o medicamento genérico como aquele similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade.

Prevê-se, ainda, que esses medicamentos devem ser preferidos no âmbito do SUS, pelo custo e, acrescente-se, pela impessoalidade mesma que deve caracterizar a atuação administrativa estatal, desaconselhando a preferência por produtos de laboratórios ou marcas determinados, em detrimento de produtos de denominação comum brasileira ou, na sua falta, internacional, a indicar maior neutralidade em prestação equivalente.

Já se tem aí um parâmetro a nortear as prescrições e decisões na matéria: deve a prestação farmacológica do Sistema Único de Saúde se pautar pelo fornecimento de medicações que, dentre as que contêm a substância ativa necessária, atendam às necessidades de eficácia e segurança, porém com menor custo, maior impessoalidade e generalidade, pois não associada a marca específica. O uso racional desses recursos passa, ainda, pela orientação dos médicos, na criteriosa avaliação das medicações prescritas, privilegiando, dentro de um parâmetro de equivalência, aquelas já constantes fornecimento regular pelo Sistema<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Os produtos padronizados constam da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). No sentido de promover a observância da lista, cita-se, por exemplo, a Portaria Estadual nº 1.475/BA, publicada no Diário Oficial do Estado de 30.09.08, que “Constitui Grupo de trabalho no âmbito do SUS, com o escopo de elaborar orientações e diretrizes aos profissionais médicos no sentido de esgotarem as alternativas de fármacos previstas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde e demais atos que lhe forem complementares, antes de prescrever tratamento medicamentoso diverso aos pacientes, nos termos da Notificação Recomendatória 002/2007 da Promotoria de Justiça e da Cidadania do Ministério Público do Estado da Bahia”. De acordo com a Organização Mundial da Saúde - OMS (Nairobi, Quênia, 1985) “Há uso racional quando pacientes recebem medicamentos apropriados para suas condições clínicas, em doses adequadas às suas necessidades individuais, por um período adequado e ao menor custo para si e para a comunidade”. Segundo o Ministério da Saúde, o uso racional de medicamentos consiste no “processo que compreende a prescrição apropriada; a disponibilidade oportuna e a preços acessíveis; a dispensação em condições adequadas; e o consumo nas doses indicadas, nos intervalos definidos e no período de tempo indicado de medicamentos eficazes, seguros e de qualidade”. (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Também disponível em <<http://www.opas.org.br/medicamentos/site/UploadArq/pnm.pdf>>, acessado em 02.out.08). Outros programas para estimular o uso racional de medicamentos encontram-se na página eletrônica do Ministério da Saúde ([http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id\\_area=1141](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1141), acessado em 05.out.08).

A alocação de medicamentos no país está dividida, segundo o Ministério da Saúde, em três categorias básicas<sup>17</sup>: medicamentos básicos ou essenciais, “pertencentes a um elenco mínimo obrigatório a ser dispensado na atenção básica”, ou, na dicção legal, aqueles considerados “básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população”, previstos na Portaria do Ministério da Saúde n.º 3.237/2007; medicamentos estratégicos, utilizados em programas específicos do Ministério da Saúde, como aqueles de combate à AIDS, tuberculose, hanseníase, diabetes, doença de Chagas, malária, coagulopatias e outras, conforme Portaria do Ministério da Saúde n.º 204/2007; e medicamentos de dispensação especial ou excepcional, é dizer, aqueles geralmente de alto custo, destinados a patologias específicas e complexas, que atingem um número limitado de pacientes, para uso prolongado. Esses procedimentos e recursos terapêuticos encontravam-se arrolados na Portaria do Ministério da Saúde n.º 2.577/2006. É de se observar que, sendo essa última uma das categorias mais solicitadas judicialmente e mais associadas com a evolução biotecnológica, chama a atenção o fato de ter sido, por muito tempo, justamente a Portaria mais antiga, deixando margem à crítica de provável desatualização em relação aos avanços atuais, tendo sido atualizada pela Portaria GM/MS 1869/2008 e revogada pela Portaria GM/MS 106/2009, também já revogada. A matéria também sofreu alterações pelas Portarias 2.981, de 26 de novembro de 2009, Portaria 343/GM/MS, de 22 de fevereiro de 2010, Portaria 3.439/MS, de 11 de novembro de 2010 e, atualmente, pelos PCDT (PROCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS), a indicar parâmetros de abordagem e tratamento para cada patologia.

Analisando-se os montantes empregados em cada uma das categorias, verifica-se que os

---

<sup>17</sup> MELLO, Dirceu Raposo *et al.* op. cit., p. 27-28; SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo**: Teoria e Prática. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 112-113.

gastos com medicamentos especiais superaram em muito aqueles com medicações básicas.<sup>18</sup> Dentre os medicamentos estratégicos – responsáveis pelo maior volume de custos com medicações entre os três grupos na segunda metade da década passada – aqueles dirigidos ao programa de HIV/AIDS sofreram acréscimo substancial em 2006, ante as novas drogas incorporadas ao catálogo farmacológico de tratamento da doença, passando a representar, sozinhos, quase uma vez e meia o gasto com todas as demais drogas estratégicas.

Mais uma vez, fica evidente que prevenir, além de melhor, sai bem mais barato que

---

<sup>18</sup> Segundo quadro comparativo elaborado em MELLO, Dirceu Raposo et al. op. cit., p. 28-29, a partir de dados do Ministério da Saúde, os gastos com medicamentos básicos em 2006 foram da ordem de 290 milhões de reais, representando 6,7% dos gastos com medicação, ao passo que o montante despendido com medicamentos de dispensação especial alcançaram a cifra de um bilhão, 355 milhões de reais, equivalendo a 32% do orçamento para a área. Dentre os medicamentos estratégicos, aqueles destinados ao programa de DST/AIDS custaram aos cofres públicos naquele ano 960 milhões de reais, enquanto no ano anterior representaram despesa de 550 milhões de reais. Cumpre assinalar que o programa de fornecimento gratuito de medicações antirretrovirais aos portadores de HIV no país é elogiado em todo o mundo pela iniciativa pioneira na área, apontada como exemplo na universalização do tratamento e inclusão a esses pacientes. A Lei que cuida da matéria – Lei n.º 9.313/96 – foi acompanhada por uma série de decisões judiciais pró direito à saúde, determinando o efetivo provimento das medicações e sua atualização, conforme o estado científico mundial, nos termos da redação legal. Nesse sentido se assinala, entre outros, o seguinte acórdão, proveniente do Supremo Tribunal Federal, defendendo a aplicabilidade imediata das normas relativas ao direito à saúde: **PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF ARTS. 5º, CAPUT, E 196). O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.** O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de entender, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (AGRRE n.º 271.286-RS, Rel. Min. Celso de Mello, STF, DJ 24.11.00, p. 101).



remediar.<sup>19</sup>

Fato é que:

nenhum país, até o momento, conseguiu estabelecer um limite ótimo de gasto financeiro para melhorar a saúde de seus cidadãos; os EUA gastam 14,6% do PIB com saúde, sendo o Estado responsável por 44,9% desse total e 5% dos gastos públicos com saúde dizem respeito aos medicamentos. Ainda sobre os EUA, dados de domínio público informam que cerca de 50 milhões de cidadãos não têm acesso aos serviços de saúde. No Brasil, os gastos com saúde correspondem à cifra de 7,9% do PIB, sendo que o setor público é responsável por 45,9% desses gastos e os medicamentos representam 7,4% desses gastos públicos.<sup>20</sup>

Sem dúvida, a garantia adequada do direito à saúde não constitui um problema apenas para os países em desenvolvimento, embora nesses falte o acesso ao que há de mais básico possível para a manutenção e a recuperação da saúde. Também os países desenvolvidos

---

<sup>19</sup> Além das despesas já esperadas com tais medicamentos, avultam, ainda, os gastos decorrentes de processos judiciais. A esse respeito, notícia veiculada em setembro de 2008 na imprensa deu conta de que: “Entre 2005 e 2008, o governo federal aumentou em 1.820% (quase 20 vezes) as despesas decorrentes de ordens judiciais que obrigam a União a pagar por medicamentos especiais. Apenas na primeira metade deste ano, foram gastos pelo governo federal, por ordem da Justiça, R\$ 48 milhões nesses tratamentos. Em 2005, o investimento foi de R\$ 2,5 milhões”. Também foi informado que “a cada mês, São Paulo gasta R\$ 400 milhões com remédios obtidos pelos doentes mediante ordem judicial e que não são fornecidos pelo SUS. A situação não é muito diferente no Rio Grande do Sul. Foram R\$ 31 milhões com ações judiciais envolvendo medicamentos em 2006 e R\$ 50 milhões em 2007, e a previsão é de que sejam gastos R\$ 150 milhões neste ano – o equivalente a um terço do total de recursos de custeio dos programas da Secretaria Estadual de Saúde”. Dentro desses valores, apurou-se, ainda, a ocorrência de fraudes, envolvendo médicos e advogados, que, mediante pedidos judiciais providos, teriam resultado em prejuízo de R\$ 63 milhões aos cofres públicos (TREZZI, Humberto. Saúde. Aumento no gasto do governo em remédios especiais é investigado: Promotores e policiais suspeitam que quadrilhas falsificariam atestados para obrigar a União a fornecer medicamentos de alto custo a pacientes por via judicial. *Jornal Zero Hora*. Porto Alegre, edição n.º 15734. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default2.jsp?uf=1&local=1&source=a2195502.xml&template=3898.dwt&edition=10739&section=1003>>, acessado em 12.out.08). Deduz-se daí que, conquanto via relevantíssima para o controle do atendimento do direito fundamental à saúde, a prestação jurisdicional há de ser particularmente cautelosa na análise de tais pleitos, sobretudo quando em sede de provimentos liminares, por não se poder desconsiderar o grave impacto que essas decisões têm tomado no orçamento sanitário. É imprescindível, então, sempre que possível e especialmente quando o fornecimento é feito a entidades privadas, sobre as quais incide menor controle na utilização desses recursos, a realização de perícia médica judicial, a constatar a efetiva necessidade e infungibilidade do recurso demandado naquele caso concreto.

<sup>20</sup> MELLO, Dirceu Raposo *et al.* op. cit., p. 23.

têm problemas para assegurar os cuidados de saúde esperados pela população, situação que se agrava progressivamente com o envelhecimento da população (com suas conhecidas consequências para o equilíbrio previdenciário) e com o desenvolvimento crescente dos recursos farmacêuticos e biotecnológicos, criando patamares cada vez mais elevados de atenção à saúde<sup>21</sup>. Elevou-se a qualidade e a quantidade de vida, o que é um aspecto inegavelmente positivo, mas que gera, outrossim, consequências de difícil equilíbrio econômico.

#### 4. DEMANDAS JUDICIAIS EM SAÚDE: COMO AVANÇAR EM DIREÇÃO AO QUE PARECE NÃO TER SAÍDA?

Questionado sobre formas de viabilização de um sistema público de saúde dentro desse contexto, ponderou, primeiramente, Diego Gracia<sup>22</sup> que quem tem receituário faz alocação. Com efeito. Ao fazer uma mera prescrição individual, o médico está a indicar ali os parâmetros para o exercício do direito à saúde pelo paciente. É para alcançar o recurso prescrito que o cidadão vai à Justiça pleitear ao Estado ou ao plano de saúde que o forneça. É na prescrição que se baseia o Juiz, quando antecipa uma tutela, mesmo antes de ouvir a parte adversa, na convicção de que há urgência no acesso àquele recurso.

Mister, assim, para racionalizar o uso de medicamentos e recursos no SUS, orientar e racionalizar também as prescrições médicas, de modo que, sem sacrificar a saúde do paciente, tampouco se sacrifique indevidamente o Sistema organizado para protegê-la e garanti-la. Nesse ponto, erige-se a validade de se pensar um trabalho conjunto com organizações profissionais, como uma outra vertente para a maior efetivação na prestação

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, cf. a obra AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription...*, referente, sobretudo, aos Estados Unidos e à Inglaterra, mas que também menciona a situação de outros países desenvolvidos, como a França e o Canadá. Também trata do assunto, entre outros, PENCHASZADEH, Victor. Bioética y medicina social? Una confluencia necesaria. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v. 3, n. 2, p. 129-149, 2007, p. 137. Destaque-se, outrossim, a recente polêmica envolvendo o governo americano do Presidente Barack Obama, ante a perspectiva de maior democratização do acesso à saúde, em confronto com o arcabouço tendencialmente liberal da política daquele Estado no setor até então.

<sup>22</sup> GRACIA, Diego. Bioética Clínica e Contexto Social. In. VII CONGRESSO BRASILEIRO DE BIOÉTICA, São Paulo, 2007. Conferência.

e cobrança do direito à saúde.

A especial atenção aos preceitos da Medicina Baseada em Evidências, devidamente fundamentada em relatórios e prescrições acurados, com a cuidadosa análise e demonstração de eficácia, segurança e eficiência,<sup>23</sup> quer no geral, quer no caso concreto, também são de grande valia para a atuação coerente e racional na área, inclusive a fim de evitar que o assistido seja engolfado por esperanças vãs de resultados temerários, tentativas heroicas sem perspectivas reais e pesquisas multinacionais em larga escala, que exacerbam sua vulnerabilidade e fragilizam a credibilidade dos pedidos judiciais no setor. Nesse contexto, mister evitar também pedidos irrazoáveis, não factíveis na prática ou opções

---

<sup>23</sup> Embora costumeiramente usadas de forma equivalente, as expressões **eficácia, eficiência e efetividade** têm significados técnicos específicos na seara da MBE. Nesse sentido, a **segurança** mencionada implica a análise de que os danos colaterais possível sejam inferiores aos benefícios oferecidos com seu uso, para o fim a que se propõe. A **eficácia** consiste na evidência de ter o recurso prescrito comprovado efeito benéfico para aquele caso (“**fazem o que se propõem a fazer**” – na expressão de VIEIRA, Fabíola Sulpino. op. cit., p.365-369), evitando-se os chamados “produtos de complacência” – sem eficácia comprovada, mas prescritos por insistência do paciente ou por pressão do *marketing* industrial, por exemplo – bem como os atos aparentemente clínicos, mas que se mostram, em verdade, experimentais, visto que não validados de nenhuma forma cientificamente aceita, a qual permita asseverá-los como realmente produtores e seguros. A **efetividade propriamente dita** corresponde à eficácia e à eficiência em condições reais, de sorte a evitar desperdícios. É dizer que os produtos eleitos “fazem o que se propõem a fazer quando utilizados pelas pessoas em condições reais e não em grupos homogêneos que constituem os grupos de pessoas dos ensaios clínicos” (idem, ibidem). Por fim, a **eficiência ou custo-efetividade** envolve a avaliação da relação custo/benefício, de modo a se constatar a substancial vantagem de dado recurso em relação a outro, observadas a eficácia e a efetividade propriamente dita. Significa dizer que o produto em questão, “entre as alternativas disponíveis, faz o que se propõe a fazer para as pessoas em condições reais, ao menor custo” (idem, ibidem). Embora conceitos mais utilizados no âmbito econômico e de macroalocação de recursos, acabam repercutindo na microalocação individual, ao requerer maior comprovação quando de pedido que não leve em consideração tais subprincípios. Segundo a ANVISA, tem-se a efetividade como “garantia de medicamentos eficazes e/ou efetivos e seguros, cuja relação risco-benefício seja favorável e comprovada a partir das melhores evidências científicas disponíveis na literatura, e com registro aprovado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)”; e a eficiência como a “garantia de medicamentos que proporcionem a melhor resposta terapêutica aos usuários com os menores custos para o SUS” (Lei 12.401/2011 e pela Resolução 01 do Ministério da Saúde, de 17 de janeiro de 2012). É fato que, considerando os escores da Medicina baseada em evidência, alega o Estado, de praxe, que a experiência do médico prescritor isoladamente, e mesmo do perito judicial, não teriam nível de sustentação científica bastante para subsidiar a concessão de medicação não padronizada pelo SUS, todavia, considerando os requisitos de antecipação de tutela, pode conter, se bem fundamentada em estudos outros de indicação, segurança, eficácia, efetividade e eficiência, elementos suficientes de verossimilhança, além de representar a realidade daquele indivíduo, preocupando-se em registrar, inclusive, a ausência de resposta ou indicação quanto às outras opções disponíveis, haja vista que, como se costuma constatar, a resposta individual nem sempre corresponde àquela epidemiologicamente esperada.

comerciais específicas, substituíveis por equivalentes terapêuticos disponíveis no SUS.<sup>24</sup>

Outro aspecto a ser sopesado é o modo e o conteúdo como feitos os pedidos, na medida em que a proteção ao direito à saúde de um deve considerar a existência de outros envolvidos na alocação de recursos diante da escassez real. Exemplo disso são os pedidos de vaga ou de prioridade em filas de transplantes, que necessariamente envolvem o cotejo com outros afetados, que não são parte no processo. Não raro se tem notícia de comandos de prisão a gestores hospitalares que têm todos os seus leitos ocupados, por não disporem de vagas. Inegável a falha estatal na espécie, mas ela não pode ser resolvida com o comando, ainda que indireto, de retirada de pacientes que ainda necessitem do leito e cuidados, para alocação de outro, dotado de comando judicial. Opção, nesse caso, é o pedido subsidiário de alocação em unidades privadas, às expensas do Estado, não por mera opção do enfermo, mas se não houver leitos disponíveis nas unidades públicas.

Do ponto de vista estatal, é mister o ajuste constante das políticas públicas, de sorte a mantê-las condizentes com as carências da comunidade e atualizadas dentro das margens de efetividade terapêutica, a fim de se tentar, com isso, minorar a necessidade de intervenções judiciais suplementares na área, além de favorecer o próprio funcionamento adequado do Sistema, em conformidade com seus princípios gestores e com as previsões e garantias constitucionais, sem acarretar a falência do Sistema nem converter o direito universal à saúde em mera retórica demagógica.

Nesse contexto, a atuação e participação equilibrada da Defensoria junto a órgãos públicos e conselhos interdisciplinares pode ser de grande valia para uma maior eficácia na solução

---

<sup>24</sup> Em palestra proferida do II Fórum Brasileiro sobre Assistência Farmacêutica e Farmacoeconomia, ocorrido em setembro de 2014 em Salvador-Bahia, com a presença de gestores públicos, membros do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Advogados Públicos, a representante paulista do CONASS (Conselho Nacional dos Secretários de Saúde) apresentou demonstrativo de pedidos em demandas judiciais sanitárias contra o Estado e o Município de São Paulo, em que incluídos itens como “leite de cabra fresco” – o qual resultou descumprido por absoluta ausência de resposta à licitação simplificada para localizar detentores de cabras na cidade de São Paulo. Nessa ocasião, também mostrou a palestrante estudo feito quanto às 41.000 ações judiciais em saúde atendidas por aqueles entes naquele ano, tendo-se verificado que cerca de 70% delas se pautavam em prescrições particulares, 93% envolviam medicamentos extraordinários ao SUS, sendo que aproximadamente 5% envolviam produtos importados sem registro na ANVISA, 50% envolviam itens de produtores exclusivos e cerca de 25%, marcas específicas, mesmo para itens simples, como fraldas descartáveis. A franca maioria dos pedidos não tivera solicitação administrativa prévia, sabendo o Estado do pleito já em sede de antecipação de tutela, com prazo estrito para o fornecimento, ainda que com fundamentação clínica escassa, inclusive quanto à premência do pedido (SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de. *Direito Sanitário: a interface entre Judiciário e Saúde na utilização dos PDCT. II FÓRUM BRASILEIRO SOBRE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E FARMACOECONOMIA*, Salvador, 2014. Mesa Redonda).

administrativa das questões, reduzindo-se o quantitativo de demandas judiciais na espécie e democratizando o acesso à saúde mesmo àqueles que não chegam à Defensoria. Nesse último aspecto, também a atuação mediante Ação Civil Pública, visando à atualização das listas de fornecimento ou denunciando carências e esperas irrazoáveis, por exemplo, parece recurso de relevante monta para uma melhor prestação no setor.

Possibilidade de uma maior funcionalidade administrativa também pode ser tentada mediante atuação de profissional<sup>25</sup> direcionado à área das crescentes demandas em saúde nas unidades defensoriais, de sorte a direcionar melhor a instrução dos pedidos, já se orientando o tipo de relatório e informações necessários, além de empreender contato direto com os órgãos públicos de regulação em saúde, estreitando relações com a Secretaria de Saúde do Estado e seus órgãos, a exemplo da Central de Regulação de Vagas.

Propõe-se, com isso, ampliar o quantitativo de resoluções administrativas, mais céleres e menos custosas, reservando a necessidade de intervenções jurídicas às situações em que, havendo a previsão do fornecimento, não se consegue obtê-lo por má prestação administrativa – o que, demonstrado por melhor instrução inicial, sugere levar a melhores índices de sucesso já em sede antecipatória – ou nas situações de recursos não incluídos no rol de fornecimento do SUS (em que pese o limitante dos artigos 2.º e 19 da Lei 12.401/2011). Nesse caso último, já se busque também instruir o pedido com os demonstrativos da eficácia, segurança e indicação da medida reclamada, bem assim de ausência de resposta às drogas rotineiramente disponibilizadas ou indicadas nos PCDT, nos termos inclusive, do quanto preconizado em reiterados Enunciados e Recomendações do CNJ (4, 11, 14, 15, 16; 31...), e precedentes jurisprudenciais relevantes, como a STA 175, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, sobre a matéria.

O que se vislumbra de negativo em tal proposta é que eventual redução da judicialização faça supor uma maior eficiência na prestação estatal em saúde, o que nem sempre corresponde à verdade, obtendo-se o êxito em casos individuais, através da persistência empedernida do órgão defensorial, até que a próxima situação se apresente. Como aspecto

---

<sup>25</sup> Tentativa semelhante tem sido implementada ao longo do último ano na unidade baiana da Defensoria Pública da União, por iniciativa da chefia, que também titulariza o ofício de tutela coletiva, mediante o destacamento de Assistente Social com experiência na condução de demandas em saúde, e com o intuito de melhorar a assistência em tais demandas, ante o crescimento exponencial de seu número no quinquênio antecedente. Os resultados têm-se mostrado *prima facie* positivos, com aparente aumento do número de deslindes extrajudiciais e maior quantitativo de antecipações de tutela obtidas nas ações propostas, embora ainda sem dados coligidos e sistematizados a respeito.

positivo, por óbvio, todas as vantagens da resolução administrativa.

Outro recurso a ser considerado, como dito, como opção às múltiplas ações individuais são as ações de natureza coletiva, visando à efetiva disponibilização de procedimentos oferecidos formalmente, mas cuja demora na prestação torna, na prática, insustentável a espera. Tais ações, sob o ponto de vista pragmático, todavia, nem sempre têm como obter resultados concretos imediatos, mas, frutos de uma atuação combativa, crítica e politicamente atuante, são relevante termômetro acerca do modo como estão sendo geridos os recursos em saúde, advertindo para a necessidade de se dar concretude ao direito constitucionalmente reconhecido, incentivando, da maneira mais pertinente, o sistema de *checks and balances*, reservando-se as ações individuais para situações específicas, de necessidade incontornável e sem perspectiva de resolução não litigiosa.

Por fim, sempre cabível lembrar que o momento da urgência, do plantão, do risco iminente de vida é sempre o pior momento para avaliar o que fazer, culminando-se em ações açodadas, por vezes mal instruídas, não raro em duplicidade nas instâncias estadual e federal, com riscos para o paciente, ou de desperdício de recursos públicos, ou, ainda, de descrédito para a instituição. Importante, assim, discutirem-se as abordagens possíveis, criando-se orientações de conduta, que de antemão auxiliem na organização do pensamento e na escolha das vias cabíveis para ajudar o requerente – vulnerado, quer pela hipossuficiência econômica, quer pela enfermidade, ou, na maioria das vezes, por ambas – da forma mais promissora e adequada possível.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há, por óbvio, respostas fáceis na matéria. O objetivo do texto foi, sobretudo, chamar atenção para aspectos nem sempre vistos na lida cotidiana do Defensor, imbuído da visão do assistido e suas angústias, premido pelo tempo, sem que tenha, por vezes, sequer condição de distanciar-se para um olhar mais imparcial.

Todavia, tais distanciamento e compreensão mostram-se necessários à instituição, a fim de redirecionar a busca a mecanismos alternativos para o impasse da saúde, como direito simultaneamente individual e social, sujeito às premências pessoais, mas, também,

às limitações de uma prestação coletiva, a exemplo da própria escassez real (e aí mister distinguir o mero argumento da escassez e da reserva do possível, em contraposição à comprovada inviabilidade de produção ou fornecimento, a exemplo do número de vagas imediatas em UTI de um hospital público ou a disponibilidade de órgãos compatíveis para transplante) e da inevitabilidade da alocação de recursos, o que não é dado a ninguém, responsabilmente, negar.

Apenas a título de pensamento inicial, sugerir-se-ia o desenvolvimento de incremento nas tentativas de resolução extrajudicial, a exemplo de maior contato com a Administração – a quem também interessa a redução das lides, diminuindo gastos a varejo – e com órgãos de prestação de saúde pública e de orientação profissional médica, com vistas a analisar a eficácia, indicação e segurança de determinados recursos terapêuticos, subsidiando melhor os pedidos e melhorando os índices de deferimento na espécie, que lamentavelmente começam a declinar, talvez movidos pelo perigo da dessensibilização do Judiciário, ante a profusão de pedidos no setor, reservando-se a atuação judicial para situações de insucesso administrativo reconhecido, considerada a premência e a comprovada necessidade, ou atuações de índole coletiva, de pressão política para assegurar a melhor prestação do direito constitucional.

São apenas reflexões incipientes, mas ficam a semente da ideia, o desafio que a questão representa e o chamado ao compromisso coletivo de desenvolvê-las, em prol do cidadão, da efetividade constitucional e da atuação mais consciente, precisa e exitosa possível por parte da Defensoria Pública, na defesa ao direito fundamental à saúde.

## REFERÊNCIAS

AARON, Henry; SCHWARTZ, William. **The Painful Prescription: Rationing Hospital Care**. Washington: Brookins Institution, 1984.

ALVES, Jeovanna Viana *et al.* **Indústria farmacêutica, poder e subdesenvolvimento: a Bioética na Investigação de Novos Medicamentos**. In. Sexto Congresso Mundial de Bioética, 2002, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. Anais, 2002, p. 152.

BERGEL, Salvador Darío. Responsabilidad Social y Salud. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v.2, n.4, p. 443-467, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, [2003].

COHN, Amélia *et al.* **A Saúde como Direito e como Serviço**. São Paulo: Cortez, 2008

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DRANE, James; PESSINI, Leo. **Medicina e Tecnologia**: Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano. São Paulo: Loyola, 2005.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/Direito\\_a\\_Saude\\_Recursos\\_escassos\\_e\\_equidade.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf). Acesso em: 25.abr.2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRACIA, Diego. Bioética Clínica e Contexto Social. In. **VII Congresso Brasileiro de Bioética**, São Paulo, 2007. Conferência.

LORENZO, Cláudio. Vulnerabilidade em Saúde Pública: implicações para as políticas públicas. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v. 2, n. 3, p. 299-312, 2006.

MELLO, Dirceu Raposo de *et al.* Análise Bioética do Papel do Estado na Garantia ao Acesso a Medicamentos. In. GARRAFA, Volnei; MELLO, Dirceu Raposo de; PORTO, Dora. **Bioética e Vigilância Sanitária**. Brasília: ANVISA, 2007, p. 17-18.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constitution of the World Health Organization**. *Basic Documents*. Genebra: OMS, 1946. Disponível em <[http://whqlibdoc.who.int/hist/official\\_records/constitution.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf)>, acessado em 20.ago.08.

PENCHASZADEH, Victor. Bioética y medicina social? Una confluencia necesaria. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v. 3, n. 2, p. 129-149, 2007.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo**: Teoria e Prática. São Paulo: Verbatim, 2009.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de. Direito Sanitário: a interface entre Judiciário e Saúde na utilização dos PDCT. **II Fórum Brasileiro sobre Assistência Farmacêutica e Farmacoeconomia**, Salvador, 2014. Mesa Redonda.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do**



**estado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TREZZI, Humberto. Saúde. Aumento no gasto do governo em remédios especiais é investigado: Promotores e policiais suspeitam que quadrilhas falsificariam atestados para obrigar a União a fornecer medicamentos de alto custo a pacientes por via judicial. **Jornal Zero Hora**. Porto Alegre, edição n.º 15734, disponível em <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default2.jsp?uf=1&local=1&source=a2195502.xml&template=3898.dwt&edition=10739&section=1003>>, acessado em 12.out.08.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Rev. Saúde Pública**, v. 42, n. 2, p. 365-369, abr. 2008.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Alocação de Recursos em Saúde**: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. 2009. 425 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Direito à Saúde no Brasil**: reflexões bioéticas à luz do princípio da justiça. São Paulo: Loyola, 2014.

A GESTÃO PENAL DA POBREZA NO  
CURSO DA HISTÓRIA: DAS ORIGENS  
DA PENITENCIÁRIA ÀS CRISES  
CONTEMPORÂNEAS

*Francisco Nogueira Machado*

*THE PENAL MANAGEMENT OF POVERTY THROUGH  
THE HISTORY: FROM THE ORIGINS OF THE PRISON  
SYSTEM TO THE CONTEMPORARY CRISES*



# A GESTÃO PENAL DA POBREZA NO CURSO DA HISTÓRIA: DAS ORIGENS DA PENITENCIÁRIA ÀS CRISES CONTEMPORÂNEAS

*THE PENAL MANAGEMENT OF POVERTY THROUGH THE HISTORY: FROM THE ORIGINS OF THE PRISON SYSTEM TO THE CONTEMPORARY CRISES*

*Francisco Nogueira Machado*

*(Mestrando na área de estudo garantias processuais penais do Programa de Pós Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Especialista em Direito Constitucional e Direito Público (Defensor Público Federal e Conselheiro no Conselho Penitenciário de Minas Gerais).*

“Como um homem pode afirmar seu poder sobre outro Winston? Winston pensou um pouco. Fazendo-o sofrer, ele respondeu. Exatamente. Fazendo-o sofrer. Não basta a obediência”<sup>1</sup>

“A multa é burguesa e pequeno-burguesa, a prisão com sursis é popular, o regime fechado é subproletário”<sup>2</sup>.

## RESUMO

A falência do sistema prisional pode ser atribuída à ideologia da gestão penal da pobreza que, no curso da história, permeou as diretrizes da política criminal, fazendo com que o Estado, ao invés de investir no campo dos direitos sociais, garantindo-se um patamar mínimo de condições gerais de vida, promovesse intervenção repressiva sobre as camadas menos favorecidas da sociedade do ponto de vista econômico e financeiro. Neoliberalismo e gestão penal da pobreza são sinônimos neste contexto de simbolismo ideológico que faz com que a maioria da população acredite no golpe capitalista de que a criminalidade

---

<sup>1</sup> ORWELL, George. 1984. Título original: **Nineteen Eighty – Four**. Edição em Epub: Exilado de Marília.

<sup>2</sup> Cavarlay apud Wacquant. **As prisões da Miséria**. Tradução André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 107.

sucumbe ou se retrai diante de maior grau de intervenção penal. Analisar-se-á brevemente a trajetória histórica do tratamento penal da pobreza e como se dá sua relação com os problemas da precariedade carcerária e do excesso de prisão preventiva atualmente no Brasil.

**Palavras-chave:** História. Sistema penitenciário. Neoliberalismo. Gestão penal. Pobreza.

## **ABSTRACT**

The failure of prison system can be attributed to the ideology of penal management of poverty that, in the course of history, permeated the guidelines of criminal policy, making the state, instead of investing in the field of social rights, ensuring a level minimum of general living conditions, promote repressive intervention on the most disadvantaged sections of society in the economic and financial point of view. Neoliberalism and penal management of poverty are synonymous in this ideological symbolism context that makes the majority of the population believe in the capitalist coup that crime succumb or recoils at a higher degree of criminal intervention. It will examine briefly the historical trajectory of penal treatment of poverty and how is your relationship with the problems of precariousness prison and custody excess currently in Brazil.

**Keywords:** History. Prison system. Neoliberalism. Penal management. Poverty.

Data de submissão: 21/01/2015.

Data de aceitação: 06/07/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A GESTÃO PENAL DA POBREZA NO CURSO DA HISTÓRIA. 3 O CÁRCERE E A FÁBRICA: O POBRE COMO POSSÍVEL FORÇA PROLETÁRIA. A QUESTÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA 4 A CRISE DA PRISÃO PROVISÓRIA: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO VIA REDUTORA DA SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA 5 CONCLUSÃO.

### 1. INTRODUÇÃO

A história do sistema penitenciário é, em linhas gerais, a narrativa da opressão dos pobres, sejam estes os camponeses, no sistema feudal, ou os proletários, no capitalismo, por uma estrutura de poder arquitetada para se autodesenvolver livre dos inconvenientes gerados por aqueles colocados à margem da sistemática implantada. Esta simples constatação pode parecer, em uma primeira leitura, reducionista. Todavia, embora não sejam desprezados outros elementos na formação da pena privativa de liberdade, tal como o religioso, o fator econômico norteia o desenvolvimento das punições mais do que qualquer outro.

E, embora o discurso do capital não atue sorrateiramente, ele se disfarça em ideologias que cravam na população o temor de que a criminalidade não é contida em virtude da pouca ou frágil dosagem de repressão. Assim é que emergem da sociedade discursos frenéticos direcionados ao combate da criminalidade, propondo-se a majoração de penas, celeridade nos procedimentos penais, redução da maioria penal, fortalecimento das polícias, unificação das forças policiais entre União e Estados. Tudo isto no afã de atender aos reclames originados das manifestações populares de onde emana a ideia de que o rigorismo penal tenderia à diminuição ou controle do excesso de criminalidade.

O senso comum parte da premissa de que, quanto mais força estatal atuar, menor será a incidência das práticas delitivas. Adere-se ao falso sentimento promovido pela simbologia da pena de que a segurança pública é garantida por leis mais “duras” ou que restrinjam direitos do acusado, a exemplo da famigerada Lei 8.072/92, vulgarmente conhecida como “lei dos crimes hediondos”. Não se apercebem, contudo, de que a violência organizada pelo Estado incide, convenientemente, “sobre aqueles que podem ser descritos como os

inúteis ou os insubmissos da nova ordem econômica e etno-racial que se instala além-atlântico, e que atualmente os Estados Unidos oferecem como padrão ao mundo inteiro”<sup>3</sup>. Em resumo, o sistema penal age como uma epidemia, afetando preferencialmente a quem tem suas defesas baixas<sup>4</sup>.

Diante deste cenário inicial, o presente artigo trabalha com a hipótese de que a gestão penal da pobreza, no sentido proposto por Loïc Wacquant, é o fio condutor da ampliação do Direito Penal e das mitigações de garantias processuais penais no curso da história do sistema penitenciário e que esta forma de administrar os pobres produz efeitos diversos dos almejados pelas pretensões sociais, ou seja, o incremento de penas e o atropelamento dos direitos do acusado não acarretariam a diminuição da criminalidade.

Para tanto, serão analisados os trabalhos de Georg Rusche e Otto Kirchheimer (Punição e Estrutura Social), Dario Malossi e Massimo Pavarini (Cárcere e Fábrica) e de Loïc Wacquant (“Punir os pobres” e “As prisões da Miséria”), em ordem a se erguer o substrato histórico da formação do cárcere e detectar a ideologia reitora das fases de maior importância e destaque do desenvolvimento do controle social incorporado na prisão.

No momento seguinte, o estudo histórico refletirá suas luzes sobre dois temas intimamente conectados à gestão penal da pobreza e que despertam celeuma na atualidade.

Primeiramente, será enfocada a exploração do trabalho carcerário pela via do contrato de parceria público-privada e, para este propósito, será analisado, como exemplo, o relatório do Conselho Penitenciário do Estado de Minas Gerais elaborado por ocasião da fiscalização realizada no complexo prisional PPP – Unidade 2, em 28.03.2014.

Passo seguinte, examina-se o problema da extrapolação da população carcerária devida à promiscuidade da utilização da prisão provisória, valendo-se, como material de apoio, do diagnóstico do Conselho Nacional de Justiça apresentado em junho de 2014. Propõe-se, como possível solução, a efetivação da presunção de inocência como barreira à decretação imoderada e excessiva de prisões preventivas.

---

<sup>3</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, 2001, p. 102.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, 1991.

## 2. A GESTÃO PENAL DA POBREZA NO CURSO DA HISTÓRIA

A prisão está em contínuo processo de falência. Esta tese foi ampla e detalhadamente discutida por Bitencourt<sup>5</sup>e, aqui, será constatada na prática e na história do cárcere, buscando extrair um fio lógico que conduz a utilização da prisão como meio ou instrumento de manutenção de hierarquia social através da gestão penal da pobreza.

A partir das leituras de “Punição e Estrutura Social” e “Cárcere e Fábrica” é possível verificar que a história do cárcere está umbilicalmente conectada à estrutura econômica e social vigente. De fato, Kirchheimer e Rusche asseveram que:

Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais<sup>6</sup>.

A população carcerária está extrapolada, inflada e amplamente composta por negros e pobres, ou seja, pelo perfil de pessoas que são mais facilmente captadas pelo aparato administrativo policial. Esta seletividade é visivelmente socioeconômica, desprendida, pelo menos em tese, da classificação biossociológica preconizada por Ferri<sup>7</sup> (criminosos nato, louco, por hábito adquirido, passional e acidental).

O pobre sempre foi visto pelo sistema penal como um entrave ao bom desenvolvimento da sociedade. Todavia, não se pode perder de vista que os pobres muitas vezes são forte instrumento de oposição ao sistema de poder vigente. Como lembra Hobsbawm, o fenômeno do banditismo social é encontrado em todas as sociedades em que se verifica uma divisão entre opressores e oprimidos, exploradores e explorados. O bandido pode assumir o papel de ladrão nobre (Robin Hood) ou de um vingador que semeia o terror<sup>8</sup>.

Desvinculado da finalidade de superar o desnível social, o Estado, apegado à lógica fria

---

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**, 2001.

<sup>6</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, 2004, p.20.

<sup>7</sup> FERRI, Enrico. **Os criminosos na arte e na literatura**, 2001, p. 31.

<sup>8</sup> HOBSBAWM, Eric. **Bandidos**, 2010, p 39.



do neoliberalismo, ao invés de investir em políticas sociais, como ampliação do trabalho, educação, saúde e previdência pública, retrai-se neste campo, mas se amplia drasticamente na seara punitiva, valendo-se do direito penal e processual penal para aplacar as investidas dos pobres contra a propriedade das elites.

Esta postura estatal é o que, em Loïc Wacquant, é denominada de gestão penal da pobreza, política pública implantada a partir de uma concepção neoliberal que torna o Estado um “comitê executivo incumbido da tarefa de garantir a longo prazo o bem-estar do capital coletivo”<sup>9</sup>. O capital global é o ponto de referência ou a estrela guia das políticas internas e internacionais dos Estados-Nação, fator que retira a orientação dos governantes para a finalidade de efetivação dos direitos sociais e incrementa a faceta punitiva e repressiva sobre a multidão.

Wacquant<sup>10</sup> faz importante crítica à utilização do direito penal como forma de gestão estatal da pobreza. É dizer que a promessa do *Welfare state*, de um Estado que garanta direitos sociais e o bem estar de sua população, é diuturnamente abandonada por uma gélida política neoliberal que, no lugar do braço assistencial, vale-se do Direito Penal para gerenciar os excluídos economicamente.

Chama-se de penalização a estratégia do Estado em gerenciar os problemas sociais. A este respeito, esclarece que:

A penalização serve aqui como uma **técnica para a invisibilização dos ‘problemas’ sociais** que o Estado, enquanto alavanca burocrática da vontade coletiva, não pode ou não se preocupa mais em tratar de forma profunda, e a prisão serve de lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de mercado<sup>11</sup>.

Este autor compreende que a gestão policial e judiciária da pobreza é legitimada pelo instrumento ideológico da doutrina da “tolerância zero” de origem norte-americana e que se espalhou pelo globo de maneira veloz a partir de seu epicentro sediado em Nova York<sup>12</sup>. O incremento do Estado Penal é diretamente proporcional à redução do Estado Social, ou seja, quanto menos políticas públicas direcionadas à implementação dos direitos humanos

<sup>9</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**, 2014, p. 354.

<sup>10</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos** [a onda punitiva], 2003, 3ª edição, revista e ampliada, agosto de 2007.

<sup>11</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos** [a onda punitiva], 2003, 3ª edição, revista e ampliada, agosto de 2007, p. 21.

<sup>12</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, 2001, p.30.

ociais (saúde, educação, alimentação, lazer) maior é a utilização do direito penal como instrumento simbólico de opressão.

Neste sentido, Wacquant assevera que “à atrofia deliberada do Estado social corresponde à hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro”<sup>13</sup>.

Historicamente, a administração penal do pauperismo tem na primeira metade do século XIX, nos Estados Unidos, grande ascensão com o período pós-revolucionário, no qual há uma profunda transformação econômica e um rompimento com o paradigma sociocultural da época colonial.

A própria visão que se tinha dos pobres foi modificada com o advento do mercantilismo e com a melhoria das condições econômicas na sociedade. Pavarini e Melossi relatam que, no modelo colonial, a pobreza era vista como algo natural na sociedade e mesmo imprescindível, consoante típica leitura religiosa do fenômeno. Aqui não se distinguem os pobres culpáveis dos não culpáveis. Com o advento da revolução e o início do desenvolvimento capitalista, rompe-se com esta visão. Passa-se a atribuir culpabilidade à pobreza – a pessoa é pobre por vontade própria –, o que abriu a via punitiva para tratar deste problema social. Nesta fase, elabora-se a hipótese institucional de que se deveriam internar compulsoriamente as massas de pobres, ociosos e vagabundos, onde a administração pública pudesse cuidar da educação através do trabalho<sup>14</sup>.

Esta explicação econômica para o tratamento penal da pobreza também é constatada na Inglaterra do século XVIII, quando do advento da Revolução Industrial, fato que rompe todos os equilíbrios sociais precedentes. O aumento da população, a introdução das máquinas e a passagem do sistema manufatureiro para o sistema de fábrica servem para assinalar a idade de ouro do jovem capitalismo, acarretando um novo período de grande compressão dos salários entre 1760 e 1815, especialmente na Inglaterra. Não se perca de vista que, no primeiro período desta Revolução, as massas empobrecidas viam na prática de delitos patrimoniais e no uso da violência as únicas vias de se expressarem contra o sistema capitalista então emergente<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, 2001, p. 80.

<sup>14</sup> MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), 2006, p. 181.

<sup>15</sup> *Ibid*, p. 60.

A relação da punição com o fator econômico também foi vivenciada na Itália nos séculos XVI e XVII. Nas primeiras experiências italianas, o pobre não era diferenciado do pequeno criminoso: a legislação repressiva criava os delitos da vagabundagem e da mendicância e, na figura do pobre, já se estigmatizava a tendência à imoralidade, ao pequeno furto. Distinguem-se o pobre bom do pobre mau, consoante aceitassem ou não, de bom grado, o internamento. Já no período em que a Itália se encaminha para a Unificação (século XIX), assim como na Inglaterra e na França, a crise de desemprego faz com que a finalidade do cárcere se restrinja à “gestão ideológico-terrorista dessas camadas da população excluídas da produção”<sup>16</sup>.

A drástica intervenção do Estado na esfera individual do condenado, privando-o de bens elementares à sua dignidade (saúde, alimentação, educação, integridade física), tem sua origem histórica no princípio do *less eligibility*, segundo o qual as condições de vida do detido sempre devem estar aquém do mínimo garantido ao trabalhador livre. No contexto de desemprego elevado, agravam-se e se deterioram as condições de vida no cárcere<sup>17</sup>.

De mãos dadas à política da gestão penal da pobreza está a seletividade dos aparatos punitivos que compõem a estrutura do sistema penal. Como destaca Zaffaroni, “as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível”<sup>18</sup>.

Zaffaroni também já denunciava que:

... o sistema penal está **estruturalmente** montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis. Esta seleção é produto de um exercício de poder que se encontra, igualmente em mãos dos órgãos executivos, de modo que também no sistema ‘formal’ a incidência seletiva dos órgãos legislativo e judicial é mínima.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), 2006, p. 147.

<sup>17</sup> MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), 2006, p. 84.

<sup>18</sup> E. Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal, 2003, 2ª edição, p. 47.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal, 1991, p. 27.

A máquina punitiva estatal, com todo o aparato burocrático policial, seleciona sua clientela a partir dos extratos mais desprivilegiados do ponto de vista econômico e financeiro. A estrutura punitiva serve ao capital, de modo que os delitos são encomendados pelo mercado ao estilo *fast food* para possibilitar sua expansão sem os entraves e obstáculos criados ou em vias de criação pela massa empobrecida. Como bem asseveram Melossi e Pavarini:

As relações sociais próprias do modo de produção capitalista traziam consigo o problema e a sua solução, criavam, ao mesmo tempo, o delito e a pena, os vagabundos, os bandidos, os desertores, e o trabalho nas casas de correção, os trabalhos públicos forçados, os pelotões de execução<sup>20</sup>.

Verifica-se uma nítida feição contraditória na formulação da política pública repressiva. Com efeito, o cárcere foi instituído para reafirmar a estrutura social burguesa e educar o criminoso a aceitar sua condição de proletário, submisso ao capital e à disciplina do trabalho. É o que Pavarini identifica como projeto hegemônico burguês, que, primeiramente, destrói a diversidade e, em seguida, constrói a figura socioeconômica real do proletário não proprietário. Ao produto do cárcere, homem abstraído de suas singularidades, é imposta a sujeição moral na forma de proletário como única alternativa à destruição e à loucura<sup>21</sup>.

Este processo hegemônico burguês foi constatado, segundo Pavarini, em pesquisa empreendida por Gustave de Beaumont e Alexis de Tocqueville na penitenciária de Filadélfia no século XIX.

No embalo desta incursão histórica, e prosseguindo-se para o século XX, pode-se colher em Wacquant algumas tendências que caracterizam a evolução penal nos Estados Unidos desde a década de 1960, a saber: a expansão vertical do sistema ou a hiperinflação carcerária; a extensão horizontal da rede penal; o crescimento excessivo do setor penitenciário no seio das administrações públicas; o ressurgimento e prosperidade da indústria privada carcerária<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), 2006, p. 133.

<sup>21</sup> MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), 2006, p. 232.

<sup>22</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, 2001, p. 80.

O aparelho carcerário assume, assim, importante papel no “governo da miséria”. Primeiramente, ele regula os segmentos inferiores do mercado de trabalho, comprimindo artificialmente o nível do desemprego mediante o encarceramento de vários homens que buscam emprego e aumentando-o no setor de bens e serviços carcerários. “Estima-se assim que, durante a década de 90, as prisões tiraram dois pontos do índice do desemprego americano”<sup>23</sup>. Em um segundo momento, ele perpetua a ordem racial, substituindo o gueto como instrumento de encerramento de uma população considerada tanto desviante e perigosa como supérflua.

A política neoliberal do fortalecimento do Estado punitivo e do retraimento do Estado social, cuja mola propulsora se enrijeceu nos Estados Unidos ao longo do século XX, foi importada para a Europa. Como indica Wacquant em quadro esquemático, entre os anos de 1983 e 1997, houve inflação carcerária na União Europeia. Veja-se, como exemplo, o crescimento que ocorreu na Inglaterra (43%), França (39%), Itália (20%), Espanha (192%), Portugal (140%) e Holanda (240%).<sup>24</sup> Tudo a confirmar a impertinência da conexão que se estabelece entre repressão/criminalidade, ideologia de baixíssima concretude e encadeamento com a realidade.

A administração punitiva dos pobres pela aderência à ideologia neoliberal tem contato importante com duas temáticas atuais que expõem os sintomas de uma crise profunda no cenário jurídico e político brasileiro. Em primeiro plano, coloca-se a utilização das parcerias público-privadas como método aparentemente de resolução do problema da superpopulação carcerária. Em segundo lugar, o elevado percentual de presos provisórios como índice de mitigação de garantias processuais penais, especialmente o da presunção de inocência. Estes dois pontos serão perscrutados a seguir.

### **3. O CÁRCERE E A FÁBRICA: O POBRE COMO POSSÍVEL FORÇA PROLETÁRIA. A QUESTÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

Esta passagem pela história do cárcere guiada pela lógica do gerenciamento penal da pobreza não pode deixar de lado a tese de que o poder econômico, vez ou outra, enxergou

---

<sup>23</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, 2001, p. 97.

<sup>24</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, 2001, p. 103.

na população presidiária uma fonte produtiva capaz de gerar lucro para os detentores dos meios de produção.

A penitenciária, desde seus primórdios, foi montada para ser uma fábrica de proletários. Pelo uso da força e da disciplina, forjava-se o homem trabalhador submisso ao controle e à rotina de produção.

A qualidade da prisão era guiada pelas leis de mercado. Com efeito, quando a oferta de trabalho excedia, ou seja, no mercado livre a mão-de-obra de trabalhadores era alta, depreciava-se o grau de subsistência no interior da instituição penal. De outro lado, quando ocorria o inverso, os empreendedores privados viam no cárcere o manancial de potenciais trabalhadores aptos a prestarem sua energia laboral à minguada da devida contraprestação remuneratória.

Com Pavarini se deve concordar que “o cárcere torna-se o símbolo institucional da nova anatomia do poder burguês, o lócus privilegiado, em termos simbólicos, da nova ordem”<sup>25</sup>. A prisão, deste modo, tem como objetivo precípua reafirmar a ordem social burguesa e educar o pobre (criminoso) a ser um dócil proletário desprovido de perigo, vale dizer, não destinado a ameaçar a propriedade privada.

O marco histórico que mais nitidez traz à relação do cárcere com a fábrica, e toda esta administração penal da pobreza, é o surgimento do *penitentiary system*, especialmente os modelos penitenciários da Filadélfia e Auburn. Estes sistemas têm em comum a proposta coativa ao preso de sujeição a relações hierárquicas orientadas em moldes piramidais. Elas têm também como ponto análogo a destruição, através do isolamento, de toda e qualquer relação paralela (entre trabalhadores internos) e, em contraposição, a ênfase, através da disciplina, nas relações verticais.

Pavarini aclara que a situação existencial vivida no cárcere filadelfiano expressa o nível mais elevado de espoliação e redução do detido, ‘sujeito de necessidade’, à pura e abstrata existência de necessidade. O detido já é sujeito institucionalizado. Aquele que emerge é o fantasma monstruoso, o novo animal a um só tempo selvagem e domesticado. Uma vez que o interno tenha sido despojado de sua roupa externa, a administração diligentemente lhe fornecerá objetos desinfetados da possibilidade de serem identificados como pessoas. Estes processos estandarizados, através dos quais o eu do interno é modificado, conduzem

---

<sup>25</sup> MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), 2006, p.192.

o sujeito manipulado a assumir, como meio de defesa, a práxis da simulação, ou, melhor dizendo, a reprodução exterior do modo de ser que a administração lhe impõe como ótima.

Não se pode olvidar, contudo, que o proletário criado no cárcere-fábrica é de baixa qualidade laborativa. Isto decorre de um dos efeitos do encarceramento em massa sobre o mercado de trabalho: “acelerar o desenvolvimento do trabalho assalariado de miséria e da economia informal, produzindo incessantemente um grande contingente de mão-de-obra submissa disponível: os antigos detentos não podem pretender senão os empregos degradados e degradantes, em razão de seu status judicial infamante”<sup>26</sup>.

Entre os séculos XIX e XX, nos Estados Unidos, foram sendo testados alguns sistemas de exploração do trabalho carcerário, verdadeiras invenções jurídicas direcionadas a transformar o modelo de execução penal. Podem ser resumidos, em linhas gerais, nos sistemas do *public account*, *contract*, *state-use*, *public works* e o *leasing system*. O primeiro consistia no fato de que o Estado se transformava em empresa, ou seja, ele adquiria a matéria-prima, organizava o processo produtivo e vendia o produto no mercado livre a preços módicos, apropriando-se integralmente dos lucros. No *contract*, por sua vez, o empresário privado adentrava na instituição carcerária e, por intermédio de seus empregados, dirigia e supervisionava as atividades de trabalho nas oficinas da penitenciária. Já no *state-use system*, o Estado produzia os manufaturados, mas estes eram consumidos pela própria administração. No *public-works system* a administração emprega os internos em trabalhos públicos fora do presídio. Por último, pela via do *leasing system*, o Estado abre mão da direção e do controle sobre os internos. Estes são praticamente alugados para o empresário privado que passa a controlar integralmente a manutenção e a disciplina da população carcerária<sup>27</sup>.

Esta incursão histórica traz para a atualidade um instrumental reflexivo acerca da utilização do veículo jurídico-administrativo da parceria público-privada como método de gerenciamento do sistema penitenciário. Focaliza-se a nebulosa questão acerca da viabilidade de se entregar a gestão da penitenciária ao empreendedor privado e em que medida este contrato será ou não lícito.

Em Minas Gerais, o Conselho Penitenciário fiscalizou, em 28.03.2014, o Complexo

---

<sup>26</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, 2001, p. 97.

<sup>27</sup> MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX), 2006, p.195-196.

Prisional PPP – Unidade 2<sup>28</sup>. O relatório final fixou alguns pontos que são dignos de destaque. No tocante à estrutura física, verificou-se ser uma unidade nova e bem conservada, tendo capacidade para 672 presos e a população atual é de 667. Aqui, revela-se o ponto positivo comparativamente às instituições exclusivamente estatais: a lotação máxima é respeitada. O ambiente é mais ameno. O típico cheiro de presídio, que só os que lá já pisaram o conhecem, não é sentido naquela unidade prisional.

À primeira vista, haveria um ganho qualitativo no ambiente de reclusão. Porém, por detrás desta superfície lisa e de boa aparência se encobre uma forma de gerenciamento da pobreza e de utilização de sua energia produtiva em benefício das aspirações lucrativas de nota tipicamente capitalista.

De fato, quanto à questão do trabalho carcerário, constatou-se um modo de exploração que se assemelha ao sistema do *contract* acima visto. Com efeito, segundo o relatório mencionado, os espaços destinados à prática laborativa são pouco ventilados e mal iluminados, sendo que alguns sentenciados não utilizavam equipamentos de proteção individual (EPI). Os presos fabricam produtos para empresas privadas. São mão-de-obra barata. Os reclusos entrevistados denunciaram que estavam há 45 dias sem receber remuneração e sem informações a respeito de seus proventos, valores e data de depósito. A contraprestação pelo trabalho é de 1/3 (um terço) do salário mínimo. Houve, ainda, denúncia de que uma parte da remuneração era retida “para a casa”.

Os problemas da execução penal – baixa incidência de reintegração social, alto percentual de reincidência, precariedade das instalações e das condições de saúde e segurança – são maquiados na sistemática da parceria público-privada que, em última análise, remete a modelos antigos de exploração do trabalho carcerário para retirar da mão-de-obra enclausurada uma nova forma de obtenção de lucro. Ao fim e ao cabo, o capital sempre inova em métodos de gerenciamento punitivo da pobreza.

---

<sup>28</sup> Este relatório se encontra disponível para consulta na secretaria do Conselho Penitenciário de Minas Gerais.



#### 4. A CRISE DA PRISÃO PROVISÓRIA: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO VIA REDUTORA DA SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA

Outro ponto sensível na gestão penal da pobreza é a superpopulação carcerária oriunda da utilização promíscua da prisão preventiva em evidente solapamento da presunção de inocência. Os órgãos responsáveis pela persecução penal desnaturalizam o cárcere preventivo, transformando-o em verdadeira antecipação de pena pela ausência de suas finalidades cautelares.

As reflexões históricas realizadas alhures lançam fortes luzes sobre a problemática carcerária nos dias atuais, especialmente no que tange ao elevadíssimo número de presos provisórios no Brasil.

Em junho de 2014, o Conselho Nacional de Justiça divulgou o “novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil”, trabalho elaborado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Sócio Educativas.

Deste relatório se colhe que, no Brasil, a população carcerária é de 563.526 presos, dos quais 41% são de presos provisórios.

É notável que o país suporte um *déficit* de 206.307 vagas no sistema carcerário, havendo atualmente somente 357.219 vagas. O Brasil ocupa o 4º lugar no ranking dos 10 países com maior população carcerária no mundo, estando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia.

Da leitura deste quadro é possível extrair algumas hipóteses.

A primeira é que o Brasil é facilmente seduzido pelas diretrizes neoliberais de gerenciamento penal da pobreza emanadas dos Estados Unidos. O alto número de presos provisórios denuncia que o Judiciário brasileiro navega nos mares da cultura punitivista, cuja premissa principal é a equivocada ideia de que a prisão é o melhor remédio para combater a criminalidade, tese patentemente desmistificada pelo alto índice de reincidência.

A segunda é que a garantia da constitucional da presunção de inocência é largamente sabotada pela aplicação irrestrita da prisão preventiva como primeira via cautelar, sem qualquer observância do primado da *ultima ratio* que rege o campo das medidas cautelares no processo penal, consoante se verifica das alterações promovidas pela Lei 12.403/2011 no Código de Processo Penal.

A este respeito, Flaviane de Magalhães sublinha que:

A introdução de medidas cautelares pessoais no processo penal permite estabelecer uma terceira via ao **binômio** liberdade e prisão processual. Antes da Lei 12.403/2011, no Brasil o acusado respondia ao processo preso ou em liberdade, o que gerava a sensação de impunidade quando solto ou de arbitrariedade quando preso.<sup>29</sup>

A Lei 12.403/2011 veio para tentar diminuir o número de presos provisórios no Brasil, acentuando que a prisão preventiva deve ser utilizada em último caso, quando presentes a necessidade e adequação da medida (art.282, I e II).

O estudo promovido pelo Conselho Nacional de Justiça atesta que o desiderato legislativo ainda não foi atingido. Isto se deve, a nosso ver, à progressiva deslegitimação do sistema penal acompanhada por uma aderência à cultura da punição.

Zaffaroni, no início da década de 1990, já observava que:

A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão **perdidas** que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade<sup>30</sup>.

O discurso punitivista calcado na premissa de que, quanto mais prisão, menor criminalidade é completamente desarmado quando confrontado com a realidade, como se destaca do relatório do CNJ. Ele também jamais resistiu a este confronto ao longo da história. Georg Rusche e Otto Kerchheimer tentaram demonstrar, a partir de um aprofundado estudo da

---

<sup>29</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis 11.690/08, 11719/08 e 11.900/09, 2009.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, 1991, p. 12.

evolução histórica do sistema punitivo e de sua íntima relação com a estrutura social ao longo dos séculos XVI ao XX, que o aumento e a redução da criminalidade são devidos a fatores socioeconômicos, como o crescimento do desemprego, declínio dos salários reais e majoração do processo de pauperização da classe média. Assinalam, neste sentido, que “a observação da íntima relação entre crime e condições socioeconômicas ensina àqueles que lidam com o problema que é inútil lutar contra o crime introduzindo penas mais duras”<sup>31</sup>.

A tese destes autores encontra respaldo em diversos estudos empíricos. Por certo, Wacquant assinala que os estudos de Rusche e Kirscheimer foram confirmados por cerca de 40 pesquisas em uma dezena de sociedades capitalistas, no sentido de que existe uma correlação estreita entre a deterioração do mercado de trabalho e o aumento dos efetivos presos, ao passo que não há qualquer vínculo entre o índice de criminalidade e a quantidade de encarceramento<sup>32</sup>.

O que se vê é o fator econômico sempre guiando as políticas criminais. O desemprego e a marginalização são os verdadeiros nortes na utilização das prisões preventivas, muito embora operem na maioria das vezes subliminarmente na fundamentação das decisões judiciais.

O alto nível de presos provisórios no Brasil decorre, em muitos casos, da ausência de inserção profissional daquela pessoa presa em flagrante. De fato, é comum juízes e membros do Ministério Público exigirem da defesa a prova da “ocupação lícita” e “residência fixa”, a demonstrar a forte posição discriminatória contra o setor populacional que vive à margem do trabalho formal e a adesão incondicional à ideologia neoliberal de gestão penal da pobreza norte-americana. Segundo Wacquant, nos Estados Unidos há pesquisa que indica que o fato de ser desempregado é ainda mais suscetível de penalização no estágio de determinação da pena do que ser negro, além de que, para uma mesma infração, um condenado sem trabalho é preso com mais frequência do que punido com uma pena com *susis* ou uma fiança<sup>33</sup>.

Em constatação deste fato, Wacquant indica que, em 1998, em França, metade das pessoas encarceradas tinha um nível de educação primária e se estima que entre um terço e metade delas não tinham emprego na véspera de sua prisão e que um prisioneiro entre seis se encontrava sem domicílio fixo. De modo similar, na Inglaterra, 83% dos presos

---

<sup>31</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, 2004, p. 225.

<sup>32</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, 2001, p. 106.

<sup>33</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, 2001, p. 107.

são da classe operária, 43% abandonaram a escola antes dos 16 anos, mais de um terço estavam sem trabalho no momento da detenção e 13% sem residência fixa. Conclui, assim, a respeito da Europa no final do século XX, que “os clientes naturais das prisões europeias são, atualmente mais do que em qualquer outro período do século, as parcelas precarizadas da classe operária e, muito especialmente, os jovens oriundos das famílias populares de ascendência africana”<sup>34</sup>.

A presunção de inocência, neste insuflado quadro de superlotação carcerária, é decisiva para modificar a cultura neoliberal punitivista. A prisão cautelar deve ser por ela regida. Os operadores do direito devem ser verdadeiros fundamentalistas com esta garantia processual: sua aplicação no campo das medidas cautelares deve ser drástica, reservando-se a prisão extemporânea (leia-se, antes do advento da sentença condenatória irreversível) para hipóteses excepcionalíssimas, devidamente comprovadas pelo órgão legitimado (acusação) e explicitamente fundamentadas pelo agente julgador.

## 5. CONCLUSÃO

A leitura da história da penitenciária recomenda que, para se almejar a efetivação de um Estado Democrático, é inviável o prosseguimento desta adesão acrítica e temerosa à política de combate à pobreza através de um gerenciamento repressivo-penal.

O insucesso da ideologia neoliberal já foi provado nos Estados Unidos. Com efeito, a população carcerária lá aumentou cinco vezes em vinte e cinco anos. Em 2008, o índice de encarceramento se aproximou da exorbitante ordem de 796 presos para cada 100.000 habitantes<sup>35</sup>.

A gestão penal da pobreza encontra historicamente suas raízes em época pré-capitalista, mas ganha seus contornos mais nítidos e robustos com o advento do sistema liberal-burguês.

---

<sup>34</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, 2001, p. 107.

<sup>35</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da punição**: a ostentação do horror/Alexandre Morais da Rosa, Augusto Jobim do Amaral, 2014, p. 4.

Esta política age através de diversos e incontáveis instrumentos, todos direcionados a subjugar a parcela da sociedade não integrada à força econômica e financeira.

Dentre estes instrumentos, destacou-se aqui a exploração do trabalho carcerário no contexto da parceria público-privada que, primeiramente, exhibe em sua vitrine a boa aparência de suas instalações, mas encobre o tratamento atentatório aos direitos trabalhistas dos detentos, que são manejados como peças de uma engrenagem montada para aumentar os lucros dos empreendedores privados.

Também se analisou outro aspecto da administração penal da pobreza: a inflação da população carcerária pela exacerbação da prisão preventiva. Uma das grandes deturpações da presunção de inocência ocorre neste campo que, segundo Amilton Bueno de Carvalho, “é, possivelmente, o instituto que mais agride o pensamento jurídico penal”<sup>36</sup>. Decerto, antecipa-se no tempo o cumprimento de uma pena que somente se tornaria exigível com o trânsito em julgado da sentença condenatória ocorrido ao término de um procedimento legal em que assegurados o contraditório e a ampla defesa com todos os recursos inerentes. Verificou-se que, no Brasil, 41% da população carcerária estão reclusos provisoriamente, desenhando-se um quadro que atesta, com clareza solar, a promiscuidade com que são prolatadas as decisões no âmbito das medidas cautelares no processo penal, em direto conflito com a presunção de inocência e a vedação de execução provisória contra o réu. Assim, o apego à presunção de inocência é aqui compreendido como uma direção rumo à possível redução no insuflado cenário carcerário brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2001.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis 11.690/08, 11719/08 e 11.900/09. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas** (Algo sobre Nietzsche e o Direito). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

---

<sup>36</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas** (Algo sobre Nietzsche e o Direito), 2013, p. 133.

E. Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição.

FERRI, Enrico. **Os criminosos na arte e na literatura**. Tradução: Dagma Zimmermann. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

HARDT, Michael, NEGRI, Antonio. **Multidão**. Tradução Clóvis Marques. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

HOBBSAWM, Eric. **Bandidos**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução Sérgio Mamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

ORWELL, George. 1984. Título original: **Nineteen Eighty – Four**. Edição em Epub: Exilado de Marília.

ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da punição**: a ostentação do horror/Alexandre Morais da Rosa, Augusto Jobim do Amaral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, revista e ampliada, agosto de 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



DE CONTRAVENTORES A  
CONTRABANDISTAS: UMA NECESSÁRIA  
REFORMULAÇÃO DOS ENQUADRAMENTOS  
JURÍDICOS NOS CASOS DE EXPLORAÇÃO  
DE MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL

*Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro  
Vinicius Bichara Darrieux*

*FROM MISDEMEANOR TO SMUGGLING: A NECESSARY  
REFORMULATION OF THE LEGAL FRAMEWORK IN  
CASES OF SLOT MACHINE EXPLOITATION*





# DE CONTRAVENTORES A CONTRABANDISTAS: UMA NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DOS ENQUADRAMENTOS JURÍDICOS NOS CASOS DE EXPLORAÇÃO DE MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL

*FROM MISDEMEANOR TO SMUGGLING: A NECESSARY REFORMULATION OF THE LEGAL FRAMEWORK IN  
CASES OF SLOT MACHINE EXPLOITATION*

*Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro*

*(Pós-Graduanda em Direito Administrativo pela Universidade Federal  
Fluminense. Defensora Pública Federal no Rio de Janeiro).*

*Vinicius Bichara Darrieux*

*(Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense.  
Estagiário na Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro).*

## RESUMO

Vem se observando nos últimos anos uma mudança no tratamento dispensado pelos órgãos de persecução penal aos casos de apreensão de máquinas caça-níqueis em estabelecimentos comerciais modestos. Isso porque, em momento pretérito, os proprietários de tais comércios eram indiciados e denunciados pela contravenção da exploração do jogo de azar, ou, quando muito, por crime contra a economia popular, sendo que, atualmente, são presos em flagrante, indiciados e denunciados pelo crime de contrabando, com escala penal consideravelmente mais severa. A mudança de postura atende, na verdade, a uma política criminal encampada pelo Estado, que acredita estar combatendo a criminalidade dessa forma, e vem sendo endossada pelo Poder Judiciário, em que pese todos os obstáculos que tornam de difícil enquadramento a conduta do dono do bar no delito do contrabando. Uma análise acerca de tais obstáculos torna-se necessária, com a esperança de se fomentar uma mudança de entendimento em nossos Tribunais que inevitavelmente refletiria em modificação na condução dessa desastrada política criminal.

**Palavras-chave:** Máquina Caça- Níquel. Contrabando. Política Criminal.

## **ABSTRACT**

In recent years it has been noticed a change in the treatment given by the criminal persecution entities in cases of slot machine seizures at low income shops. In past times, the owners of such shops were accused for the misdemeanor of gambling exploitation, or charged with a criminal offense against the popular economy, while nowadays they are arrested in flagrante delicto, indicted and charged with committing the crime of smuggling, subject to considerably stricter punishment. This change of attitude is actually a result of a criminal policy adopted by the State, which believes that it is fighting crime this way, endorsed by the Judiciary, in spite of all the obstacles that makes it difficult to define the acts of the shop owner as the actus reus of smuggling. An analysis of these obstacles is needed in order to encourage a change of the case law, which certainly would result in the change of the above mentioned disastrous criminal policy.

**Keywords:** Slot machines. Smuggling. Criminal Policy.

Data de submissão: 26/02/2015.

Data de aceitação: 09/07/2015.

## **SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO. 2 PELA NECESSÁRIA ABSORÇÃO DO DELITO DE CONTRABANDO. 3 A AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA A IMPORTAÇÃO DE COMPONENTES ELETRÔNICOS DA MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL. 4 ORIGEM ESTRANGEIRA DOS COMPONENTES ELETRÔNICOS E SUA COMUMENTE INDEMONSTRABILIDADE. 5 A CONSTRUÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA ATENDIMENTO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL. 6 OS CASOS DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL E A INDIFERENÇA PELA REALIDADE. 7 CONCLUSÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

Em que pese a exploração de jogo de azar ser vedada em território nacional desde a década de 1940, observou-se nos últimos tempos a maciça presença de máquinas caça-níqueis em estabelecimentos comerciais espalhados pelas cidades de nosso país.

Com efeito, a obtenção de vantagem através de jogo eletrônico de azar será considerada crime contra a economia popular, com previsão no art. 2º, inciso IX da Lei nº 1.521/1951, quando comprovado a utilização de processos fraudulentos em seu mecanismo de funcionamento, ou será considerada exploração de jogo de azar, com previsão no art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, que fica caracterizado quando a chance de ganhar depende exclusivamente da sorte do jogador.

Registre-se que o crime de obtenção de ganhos ilícitos contra a economia popular possui pena de detenção variável entre 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, sendo ue a contravenção de exploração de jogo de azar no Brasil possui pena de prisão simples que varia de 03 (três) meses a 01 (um) ano.

Não obstante tal conduta já encontrar tipos penais correspondentes com o fito de coibi-la, fato é que ultimamente há um grande esforço por parte das autoridades encarregadas da persecução penal em enquadrar a ação de se manter/utilizar máquinas caça-níqueis em estabelecimento comercial ao tipo penal do contrabando, com pena variável de 02 a 05 anos de reclusão.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

IV - vende, expõe à venda, **mantém em depósito** ou, de qualquer forma, **utiliza** em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (grifo nosso)

Verifica-se que o noticiário<sup>2</sup> fomenta o estigma dos delitos dessa natureza associando-os a grandes organizações criminosas, as quais se manteriam graças à corrupção e conivências de agentes estatais, praticando delitos outros.

De acordo com a visão dos órgãos de persecução penal, os tipos penais previstos na Lei de Contravenções e Lei de Crimes contra a Economia Popular não possuiriam uma escala coercitiva larga o suficiente para infligir temor àqueles verdadeiramente responsáveis pela exploração dessa atividade criminosa, haja vista o aparato de poder mantido pelos mesmos, que possuiriam muitas ramificações

No entanto, o que não se pode admitir é que a proibição de certa prática se faça por vias transversas, à revelia de princípios basilares do Direito Penal, como o da legalidade, através da tentativa de enquadramento, quase que à fórceps, da conduta de exploração de jogo de azar, ou lesão à economia popular, em tipo penal diverso, pelo único motivo deste possuir escala coercitiva mais severa.

Até porque, não se pode perder de vista que, no final das contas, quem está sendo responsabilizado por essa tentativa de se construir uma nova figura penal, à revelia daquela já existente na Lei de Contravenções e Lei de Crimes Contra a Economia Popular, é o sujeito pobre, sem qualquer instrução e em situação de extrema vulnerabilidade que possui pequeno e modesto estabelecimento comercial para subsistência própria e de sua família.

Portanto, essa adaptação forçada de uma conduta, que já encontra tipificação legal, a um tipo penal mais gravoso, faz parte de uma política criminal dos órgãos policiais e de acusação, de coibir, transversalmente, a exploração de jogo de azar por parte de grupos criminosos que operam livremente por nosso país.

Exemplo de flagrante quadro resta materializado em declaração proferida pela ex-Chefe da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, Martha Rocha, que recém empossada naquele cargo afirmou:

hoje faz um mês que eu fui convidada para ser chefe da Polícia Civil, e eu venho me detendo no estudo dessa matéria. Percebemos que era

---

<sup>2</sup> Nesse sentido: [http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2012/03/01/interna\\_nacional,280787/chefe-de-mafia-de-caca-niqueis-comandava-ate-delegados-da-policia-federal.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2012/03/01/interna_nacional,280787/chefe-de-mafia-de-caca-niqueis-comandava-ate-delegados-da-policia-federal.shtml).

possível autuar o comerciante e queremos alertar àqueles que têm em seu bar ou na sua lanchonete uma máquina caça-níquel ou bingo que estão incorrendo no art. 334 do Código Penal.<sup>3</sup>

Nota-se, em tal declaração, a elaboração de espécie de modulação típica, na qual uma atitude exclusivamente teleológica por parte dos órgãos de persecução penal busca soluções a partir da exegese das próprias normas sem se atender à realidade social.<sup>4</sup>

Conforme lição de Zaffaroni e Batista, não é possível ignorar que:

a funcionalidade, entendida como efeito político dos conceitos jurídicos-penais, é um dado **ôntico** que existe, percebamos ou não,” sendo que “no momento de reconhecer e proclamar que os conceitos jurídicos-penais têm funcionalidade política (dado **ôntico**), e logo de assumir a tarefa de incorporar tal dado (tal funcionalidade) para dotá-lo (a) de intencionalidade (construção teleológica), não podemos cair em nenhuma daquelas posições extremadas<sup>5</sup>

Na situação ora analisada, a posição extremada seria justamente a ultrapassagem forçada de obstáculos que em tese impediriam a coadunação da conduta de manter/utilizar máquina caça-níquel em estabelecimento comercial ao tipo penal de contrabando, conforme restará demonstrado no curso desse estudo.

O mais preocupante é o fato dessa política criminal completamente equivocada e infrutífera ser confirmada e endossada pelo Poder Judiciário, uma vez que a jurisprudência de nossos Tribunais vem se consolidando na condenação dos donos de estabelecimentos comerciais pelo cometimento do crime de contrabando, ao manterem/utilizarem máquinas caça-níqueis em seus comércios.

Nesse espeque, o exercício da defesa desses indivíduos se torna tarefa hercúlea, podendo-

---

<sup>3</sup> Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/03/15/donos-de-caca-niqueis-poderao-ser-presos-por-contrabando-diz-nova-chefe-da-policia-do-rio.htm>.

<sup>4</sup> FERRAZ JÚNIOR SAMPAIO, 1985 apud ZAFFARONNI; BATISTA; ALAGAGIA; SLOKAR, 2010, p.57.

<sup>5</sup> ZAFFARONNI; BATISTA; ALAGAGIA; SLOKAR, 2010, pp.58-59.

se citar, por exemplo, a larga utilização da Súmula nº 7<sup>6</sup> do Superior Tribunal de Justiça, a qual impede que se adentre ao mérito da questão, impossibilitando a reforma dos acórdãos.<sup>7</sup>

Assim, diante de tal cenário, faz-se necessária uma análise dos principais óbices que impedem a condenação de donos de estabelecimento comerciais em função do crime de contrabando por manterem/utilizarem máquinas caça-níqueis em tais locais, a fim de demonstrar o quão urgente e necessária se faz uma mudança tanto na condução da política criminal pelos órgãos responsáveis, como pela postura de entendimento do nosso Judiciário.

## 2. PELA NECESSÁRIA ABSORÇÃO DO DELITO DE CONTRABANDO

O primeiro ponto a ser abordado não poderia deixar de ser a necessária e indubitável absorção existente entre a contravenção de exploração de jogo de azar, ou crime contra a economia popular, e o delito de contrabando.

Nesse sentido, o que não se pode ignorar é que a verdadeira atividade fim que se pretende coibir é a exploração de jogo de azar, prática delitativa que retroalimenta toda uma intrincada rede de ilícitos e que somente funciona de forma extremamente lucrativa em nosso país graças à omissão, e não raramente, conivência, das mais diversas instâncias estatais.

Merece atenção o fato de as máquinas caça-níqueis possuírem em seu interior componentes eletrônicos, sobretudo o noteiro e placa-mãe, comumente fabricados no exterior que, a

---

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&cb=SUMU&p=true&t=&l=10&i=535>.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1383034 RS, Relator: DE ASSIS MOURA, Maria Thereza, Publicado no DJe de 17/12/2014; Agravo Regimental no Recurso Especial 1224055 ES, Relator: MARANHO, Min. Ericson, Publicado no de 11/12/2014; Agravo Regimental no Recurso Especial 1274673 RJ, Rel. SCHIETTI, Rogério Cruz, Publicado no DJe: 17/11/2014, disponíveis em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 15 fev. 2014.

princípio, teriam sua importação vedada ao território nacional.

No entanto, o contraventor efetua a importação dessa mercadoria com um único e exclusivo intuito: explorar o jogo de azar, não subsistindo qualquer outro motivo para tal importação, sequer para fins comerciais.

Resta claro que as condutas de importar, utilizar ou manter em depósito as máquinas caça-níqueis deveriam necessariamente ser absorvidas pela contravenção do jogo de azar, ou crime contra a economia popular, por ser verdadeiro objetivo daquelas condutas, isto é, o **crime fim**.

Como bem ensina o doutrinador Rogério Greco “a Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de contrabando ou descaminho”<sup>8</sup>, sendo que a importação dos componentes não possui qualquer relevância apta a configurar a prática de contrabando, uma vez que a lesividade ao bem jurídico no caso ocorre na obtenção de lucro fácil pela exploração do jogo de azar ou utilização de fraudes no mecanismo das máquinas em detrimento da coletividade.

Entretanto, não é esse o entendimento geralmente adotado por nossos Tribunais<sup>9</sup>. Exemplo disso resta presente em posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que uma vez comprovada a origem estrangeira dos componentes, bem como a ciência do acusado no tocante à introdução clandestina do produto no país, é possível a adequação típica ao delito de contrabando, de competência da justiça federal<sup>10</sup>, não havendo que se falar em absorção.

O argumento utilizado para se refutar o reconhecimento da absorção é de que o crime mais grave (no caso o contrabando) não poderia ser absorvido pela contravenção do jogo

---

<sup>8</sup> GRECO, 2013, p. 1027.

<sup>9</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em Sentido Estrito nº 7113, Relator FONTES, Paulo, Publicado no e-DJF3: 10/12/2014. <http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>. Acesso em: 15. Fev.2014.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial 1329328 ES, Relator BELLIEZZE, Marco Aurélio, Publicado no DJe: 30/05/2014; Agravo Regimental no Recurso Especial 1206106 ES, Relator BELIEZZE, Marco Aurélio, Publicado no Dje: 02/05/2014. Disponíveis em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 15 fev. 2014.



de azar ou delito mais brando contra a economia popular.<sup>11</sup>

Entretanto, a aplicação da regra da consunção, nesse caso, mais adequada para a resolução do conflito aparente de normas, não deve se basear em critérios matemáticos, como as penas cominadas aos tipos penais, mas sim buscar avaliar o *iter criminis* percorrido pelo autor do fato.

Exemplo de como esse critério matemático pode ser falho, ou relativizado quando convém ao Judiciário, ocorre nos casos de absorção do crime de uso de documento público falso pelo estelionato, considerando que aquele delito possui pena mais gravosa do que esse último.<sup>12</sup>

Nota-se, dessa forma, que as decisões de nossos Tribunais defendendo a existência de infrações distintas e autônomas, quando resta evidente a existência de apenas uma, confirma a lição de Zaffaroni de que “a análise da tipicidade, ou seja, da adequação da conduta ao tipo, não é puramente descritiva, mas também essencialmente valorativa”<sup>13</sup>, uma vez que tal análise certamente resta influenciada pela política criminal encampada e estimulada pelo aparato estatal.

### **3. A AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA A IMPORTAÇÃO DE COMPONENTES ELETRÔNICOS DA MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL**

O enquadramento da conduta de importar placas/peças que virão a integrar máquinas caça-níqueis ao tipo penal de contrabando torna-se também inviável diante da ausência de vedação legal para a entrada em território nacional de tais componentes, já que apenas a importação da máquina como um todo é proibida.

É dizer que, frente ao contexto fático aqui delineado, se faz de fácil depreensão aos órgãos

---

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ACR nº 000790-64.2009.4.03.6117, Relator Juiz Convocado Rubens Calixto, Julgamento: 02/12/2013. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3422634>. Acesso em: 15 jul.2015.

<sup>12</sup> Súmula nº 17 do STJ.

<sup>13</sup> ZAFFARONNI; BATISTA; ALAGAGIA; SLOKAR p.27.

de perseguição e ao Poder Judiciário, que essas máquinas são montadas clandestinamente em território pátrio através da utilização de peças importadas ou de fabricação nacional, na medida em que a importação das máquinas seria demasiadamente arriscada e onerosa para os grupos criminosos que se dedicam à exploração do jogo de azar.

A grande celeuma quanto à vedação da importação decorre do fato de que a Portaria nº 14 de 17/11/2004 da Secretaria de Comércio Exterior/SECEX<sup>14</sup> vedava, expressamente, a importação tanto das máquinas caça-níqueis, quanto de seus componentes eletrônicos.

Contudo, a Portaria nº 35 de 24/11/2006, também da Secretaria de Comércio Exterior/SECEX, com a redação posteriormente repetida na Portaria nº 36 de 2007<sup>15</sup>, não reproduziu o texto anterior, nada aduzindo quanto à impossibilidade de importação dos componentes eletrônicos.

Apesar da patente ausência de vedação legal para a importação dos componentes eletrônicos, a 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em julgado paradigmático, decidiu que “a simples exclusão da referida alínea ‘a’ da portaria SECEX nº 35/2006 em nada aboliu a proibição de que se importasse placas-mães e ‘noteiros’, como os que foram apreendidos.”<sup>16</sup>

Isso porque, ainda na linha de entendimento do acórdão, “a alínea ‘a’ da Portaria SECEX nº 14/2004 (...) configurava apenas norma explicativa daquilo que era o objeto da proibição de licença de importação, (...), qual seja: máquinas de jogo de azar em geral, assim entendidas as coisas, mercadorias, sistemas e peças ou seja lá o que for, que

---

<sup>14</sup> III - MÁQUINAS ELETRÔNICAS PROGRAMADAS - MEP - Não serão deferidas licenças de importação para máquinas de videopôquer, videobingo, caça-níqueis, bem como quaisquer outras máquinas eletrônicas programadas (MEP) para a exploração de jogos de azar, classificadas nas subposições 9504.30, 9504.90 e 8471.60 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM).a) O disposto neste item aplica-se, também às partes, peças e acessórios importados, quando destinados ou utilizados na montagem das referidas máquinas.

<sup>15</sup> III – MÁQUINAS ELETRÔNICAS PROGRAMADAS – MEP – Não serão deferidas licenças de importação para máquinas de videopôquer, videobingo, caça-níqueis, bem como quaisquer outras máquinas eletrônicas programadas (MEP) para exploração de jogos de azar, classificadas nas subposições 9504.30, 9504.90 e 8471.60 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM).

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal nº 0013658-05.2012.4.02.5101, Relator GOMES, Abel, Publicado no DJ: 10/06/2014, Disponível em: [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=ca%C3%A7a+n%C3%ADquel+e+contrabando&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang\\_pt&ulang=pt=-BR&entqrm0=&oe=UTF8-&ie=UTF8-&ud1&exclude\\_apps=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entqr=3&site=ementas&filter=0&getfields=\\*&partialfields=&requiredfields=&cas\\_q=](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=ca%C3%A7a+n%C3%ADquel+e+contrabando&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ulang=pt=-BR&entqrm0=&oe=UTF8-&ie=UTF8-&ud1&exclude_apps=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entqr=3&site=ementas&filter=0&getfields=*&partialfields=&requiredfields=&cas_q=). Acesso em: 15 fev.2014.

efetivamente faça com que o jogo de azar processe.”

Nesse ponto, necessário chamar atenção para o fato de que o art. 334, §1º, alínea “c” do Código Penal, é evidentemente uma norma penal em branco, “uma vez que a proibição tem que ser buscada em outras normas legais.”<sup>17</sup>

Não se pode olvidar que, por força do princípio da legalidade,

a só existência de lei prévia não basta, pois nela devem ser reunidos certos caracteres, quais seja, a concreta definição de uma conduta, a delimitação de qual conduta é compreendida e a delimitação de qual não é compreendida,<sup>18</sup>sendo que “as lacunas porventura existentes nas normas incriminadoras hão de ser consideradas espaços de licitude.”<sup>19</sup>

Assim, não comete o delito de tráfico de drogas quem vende a planta medicinal boldo, na medida em que tal substância não se encontra elencada no rol da Portaria nº 344/98 da ANVISA, ainda que ficasse comprovado, por suposição, o prejuízo à saúde causado pelo uso de tal produto.

Portanto, não se pode admitir que a prática de uma conduta encontra-se proibida, porque, supostamente, o ato normativo “quis dizer” dessa forma.

Nunca é demais salientar que a questão encontra-se inserida no âmbito do Direito Penal, matéria essa que não admite a construção de ilações e conjecturas, onde, ao contrário, tudo, absolutamente tudo, deve estar explícito e bem demarcado, sendo que qualquer conduta que ultrapasse, ainda que minimamente, a linha de esfera do tipo deve ser considerada atípica.

Assim, se a Portaria da SECEX nº 35 de 2006 não repetiu os termos da alínea “a” da Portaria nº 14 de 2004, não cabe dizer que tal fato se deu porque tal alínea era meramente explicativa e, portanto, despendida de ser reproduzida, até porque, como se aprende nos bancos das faculdades, não existem, ou não deveriam existir, palavras inúteis nas leis.

Não há cabimento sequer em procurar se especular o motivo pelo qual tal alínea não

---

<sup>17</sup> BALTAZAR JUNIOR, 2012, p. 211.

<sup>18</sup> GUEIROS & JAPIASSÚ, 2012, p. 78.

<sup>19</sup> Idem.

foi reproduzida, pois basta o não ter sido para a conduta de importar os componentes eletrônicos tornar-se atípica.

Porém, sucumbindo-se à vontade de se especular sobre os reais motivos pelo qual a norma proibitiva não foi reproduzida, assim como o referido acórdão o fez, cabe registrar que a não reprodução certamente se deu pelo absurdo que era proibir a importação de mercadorias que poderiam ser empregadas em diversas atividades lícitas, na medida em que as placas-mãe e noteiros são largamente utilizados na composição de máquinas de flipperama, de refrigerante, computadores, dentre outras.

Convém ressaltar que apesar de a proibição da importação de “partes, peças e acessórios importados, quando destinados ou utilizados na montagem” das máquinas caça-níqueis ter sido abolida pela Secretaria de Comercio Exterior, a mesma ainda persistiria em atos normativos editados invalidamente pela Receita Federal do Brasil.

A ilegalidade de tais atos resta flagrante diante da expressa competência atribuída pelo artigo 2º Lei nº 11.457/2007<sup>20</sup> à Secretaria da Receita Federal, dentre as quais não se enquadra a expedição de atos normativos que discriminem quais mercadorias podem ser importadas no Brasil.

Alguns julgados sustentam a existência de vedação legal quanto à importação dos componentes eletrônicos de origem estrangeira de máquinas caça-níqueis, com base na previsão abstrata da pena de perdimento prevista na Instrução Normativa SRF nº 309, de 18/03/2003.<sup>21</sup>

Ocorre que, a pena de perdimento, por ser sanção, deve pressupor necessariamente a previsão da respectiva infração administrativa, a qual deixou de existir a partir do momento em que a Portaria nº 35 de 2006 não repetiu integralmente os termos da Portaria nº 14 de 2004.

---

<sup>20</sup> Art. 2º - Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição.

<sup>21</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal nº 0002364- 34.2008.404.7107, Relator BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, Publicado no DE em 07/08/2014. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php). Acesso em 15 fev. 2014.

Ademais, necessário registrar que o parágrafo único do artigo 1º da referida Instrução Normativa dispõe que a pena de perdimento aplica-se:

às partes, peças e acessórios importados, quando, no curso do despacho aduaneiro ou em procedimento fiscal posterior, **ficar comprovada sua destinação ou utilização na montagem das referidas máquinas.**” – grifos nossos

Assim, teoricamente, os componentes eletrônicos, que, como já dito, possuem aproveitamento para os mais variados tipos de equipamento e maquinário, deveriam ter sua destinação ou utilização comprovada, regra essa que obviamente não é observada na prática dos processos criminais deflagrados contra os comerciantes, salvo alguns julgados isolados<sup>22</sup>, mas sua ausência é facilmente superada pela jurisprudência de nossos Tribunais<sup>23</sup>, conforme ficará mais sobejamente demonstrado no próximo capítulo.

#### 4. ORIGEM ESTRANGEIRA DOS COMPONENTES ELETRÔNICOS E SUA COMUMENTE INDEMONSTRABILIDADE

Cabe registrar ainda que, em muitos casos, os órgãos de persecução penal, no afã de atender a política criminal adotada pelo Estado, acabam por deflagrar processos criminais contra donos de estabelecimento comerciais pelo cometimento do crime de contrabando sem que um mínimo de lastro probatório seja produzido quanto à origem estrangeira das máquinas caça-níqueis ou de seus componentes eletrônicos.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial 1368659 RJ, Relatora VAZ, Laurita Vaz, Publicado no DJE em 03/09/2014. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 15 fev. 2014.

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal regional Federal da 5ª Região, Apelação Criminal nº 200783000154058, Relator APOLIANO, Geraldo, Publicado no DJE 02/10/2014; Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial 355272RJ, Relator RIBEIRO, Moura, Publicado no DJE 03/02/2014. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 15 fev. 2014.

Em casos frequentes encontrados pelos foros da Justiça Federal, nota-se que os laudos de exame material acostados aos Inquéritos Policiais são genéricos, estilo “modelão”, havendo casos em que o mesmo laudo foi utilizado em diversas ações penais que tratavam de supostos casos contrabando de componentes eletrônicos de máquinas caça-níqueis.

Muitas vezes, na tentativa de suprir evidente deficiência dos laudos genéricos, são anexados ao Inquérito Ofício (nº 0216/07) de lavra da ABINEE (Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica), confeccionado entre os anos de 2006/2007, com a informação de não constar no cadastro de tal Associação fabricante nacional de processadores de placa-mãe e noteiros.

Ocorre que as informações prestadas pela referida Associação estão defasadas, devido ao lapso temporal desde que as mesmas foram prestadas à Polícia Federal, sendo que em Ofício de nº 0231/2012, datado de 26/03/2012, a própria ABINEE informa à Defensoria Pública da União do Rio de Janeiro sobre a existência de empresas cadastradas naquela unidade como fabricantes no Brasil de placa-mãe para computador (motherboard).

Sobre esse último aspecto, o próprio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da apelação nº 2008.51.01.816910-4 admitiu que:

a declaração da ABINEE – Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica, de 09/03/2007 (fl.18), no sentido de que não constaria em seu cadastro fabricante nacional de processadores para placa-mãe, não se pode ser considerada como prova indireta inequívoca da procedência estrangeira das máquinas de azar apreendidas, uma vez que o art. 5º, XX, da CRFB/1988 aduz que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

Apesar do julgado acima citado, a jurisprudência de nossos Tribunais vem admitindo que:

a realização de exame pericial direto sobre máquinas caça-níquel apreendidas não é indispensável à demonstração da materialidade delitiva, desde que a procedência estrangeira das mercadorias contrabandeadas seja provada por outros meios de prova<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal 2010.51.01.810102-4, Relator FONTES, André, Publicado no DJF2R: 24/07/2014, Disponível em: [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM\\_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201051018101024%26CodDoc%-3D291086+ca%3%A7a+e+n%3%ADquel+e+contrabando+&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201051018101024%26CodDoc%-3D291086+ca%3%A7a+e+n%3%ADquel+e+contrabando+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8).

O grande problema é que os outros meios de provas indicados no julgado acima, e em diversos outros similares, frequentemente se resumem a um laudo pericial pré-fabricado que no mais das vezes afirma, em uma linha, que há indícios de procedência estrangeira, considerando que havia inscrições *made in* (algum país asiático) no componente eletrônico analisado.<sup>25</sup>

Cabe registrar que as máquinas caça-níqueis chegam a ser destruídas, em algumas ocasiões, até mesmo antes da propositura da denúncia, o que inviabiliza qualquer tentativa de se contraditar o resultado do laudo por parte da defesa.

O ponto nodal, entretanto, é mais complexo, na medida em que a mera demonstração de que os componentes eletrônicos possuem origem estrangeira não significa que a internalização dos mesmos em território nacional tenha se dado através de contrabando, na medida em que podem ter sido importados para fins lícitos e, posteriormente, vindo a ser utilizados na montagem de máquinas caça-níqueis.

Quanto a esse ponto, nunca é demais lembrar que os componentes eletrônicos das máquinas caça-níqueis não possuem vedação legal válida, conforme já demonstrado anteriormente, na medida em que podem perfeitamente integrar outros tipos de equipamento, como máquinas fliperamas, computadores e máquina de refrigerante.

Assim, nesse aspecto, a demonstração da importação clandestina ou fraudulenta se torna fundamental, sendo que, importante se faz frisar, tal ônus é exclusivo do órgão de acusação, conforme lição do mestre Paulo Rangel:

[...] o ônus da prova, hoje, diante da Constituição, é exclusivo do Ministério Público. Não se confunde o direito de que tem o réu de alegar, em sua defesa, que o bem entender, com ônus da prova. Esse é total e exclusivamente do MP.<sup>26</sup>

Entretanto, a realidade se mostra distinta da lição do mestre, cabendo ao acusado

---

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal nº 2011.51.16.000786-7, Relatora SCHREIBER, Simone, Publicado no DJF2R: 19/11/2014, Disponível em: [<sup>26</sup> RANGEL, Paulo, 2012, p. 507.](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:-. Acesso em: 15 fev.2014.JU5Yy3_CiwJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201151160007867%-26CodDoc%3D295766+ca%C3%A7a+e+n%C3%ADquel+e+contrabando+&client=jurisprudencia&output=xm1_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&coe=UTF-8. Acesso em: 15 fev. 2014.</a></p></div><div data-bbox=)

submeter-se a um processo criminal com flagrantes deficiências em matéria probatória, supridas por criativas teses acusatórias.

## 5. A CONSTRUÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA ATENDIMENTO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL

Etapa importante da política criminal até aqui exposta consiste na construção, por parte dos órgãos de persecução penal, de uma suposição quanto ao elemento subjetivo do tipo incriminador que toca à conduta levada a efeito pelo pequeno comerciante aqui destacado.

Como já abordado, um mero comerciante que, porventura, tem em seu estabelecimento as chamadas “máquinas caça-níqueis” passou a ser etiquetado como contrabandista, sujeito a pena cominada no artigo 334-A, § 1º, inciso IV do Código Penal. Noutro giro, a figura do delito anão previsto no artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41, que trata das hipóteses de exploração de jogos de azar em locais públicos ou acessíveis ao público, e, também, do crime contra a economia popular inscrito no artigo 2º, inciso IX da Lei nº 1.251/1951, restam consideradas inexistentes tanto pelos órgãos de acusação, quanto pelo Poder Judiciário, uma vez que comumente sequer há a propositura de denúncia na esfera estadual para se apurar o cometimento de tais delitos considerados **menores**.

Não bastasse tal agente não ser o responsável pela introdução dos componentes eletrônicos dessas máquinas no território nacional, elementar questão que também se põe é a deturpação da direção final da sua ação, ou seja, o resultado que esse busca com a realização da conduta.

Como consequência, o indivíduo que possui o **dolo** de explorar jogo de azar ou praticar crime contra a economia popular passou, nos termos aqui discutidos, a ser vítima da **suposição** de que **conhecia e queria** o resultado contido na conduta de utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida pela lei pátria.

Fala-se em uma **suposição** pelas razões expostas nos capítulos anteriores, que tratam sobre a fragilidade dos elementos probatórios que constituem a justa-causa da peça



exordial acusatória e levam ao consequente enquadramento da conduta ao tipo penal de contrabando.

Segundo lição de Zaffaroni & Pierangeli:

todos os tipos dolosos exigem que haja uma certa congruência entre seus aspectos objetivo e subjetivo<sup>27</sup>, isto é, que a ‘vontade realizadora do tipo objetivo’ seja “guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto<sup>28</sup>”.

Com base na lição dos mestres, de pronto somos capazes de depreender que, na problemática em tela, há verdadeira incongruência entre os elementos subjetivo e objetivo da construção típica semeada no Poder Judiciário.

É dizer que tal incongruência se mostra pelo fato de o tipo subjetivo (dolo) que guia a conduta do agente revelar-se pela cognição e volição dirigida à exploração de jogo de azar ou prática de crime contra a economia popular, ao passo que a estrutura objetiva do tipo, artificialmente posta, refere-se ao delito de contrabando.

Ora, reconhecendo-se o dolo como uma estrutura complexa integrada, na lição de Cirino dos Santos, pelo “conhecimento atual das circunstâncias de fato do tipo objetivo”<sup>29</sup> e “na vontade, informada pelo conhecimento atual, de realizar o tipo objetivo de um crime”<sup>30</sup>, ilógico se faz que o agente seja punido por um resultado que ao menos quis ou planejou perseguir.

Posto isso, latente se faz reconhecer que a construção típica difundida no Poder Judiciário não representa a conduta efetivamente levada a cabo pelo agente, sendo, por isso mesmo, contestável a sua comprovação durante a instrução criminal<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011, p.418.

<sup>28</sup> ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011, p.420

<sup>29</sup> CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.135.

<sup>30</sup> CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.135.

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Criminal nº 11426. Relator: FONTES, André. Publicado no E-DJF2R de 24-07-2014. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM\\_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201051018101024%26CodDoc%3D291086+contrabando+e+ca%C3%A7a-n%C3%ADquel+&cclient=jurisprudencia&outp ut=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201051018101024%26CodDoc%3D291086+contrabando+e+ca%C3%A7a-n%C3%ADquel+&cclient=jurisprudencia&outp ut=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8). Acesso em: 15 fev. 2014.

Nesse contexto, as denúncias promovidas pelos órgãos de acusação e, muitas das vezes, difundidas no Poder Judiciário<sup>32</sup>, usualmente apelam à **possibilidade** de conhecimento do agente, o pequeno comerciante, quanto à introdução clandestina no país dos componentes que integram a estrutura da máquina caça-níquel, salvo alguns julgados isolados.<sup>33</sup>

Não raras são as teses no sentido de que o agente **poderia**, “frente à ampla exposição promovida pelos veículos de comunicação”, ou ainda “por seu grau de instrução” saber que as peças que integram a máquina de jogo de azar possuem origem ilícita. Ora, tais construções **teóricas** não merecem credibilidade, uma vez que cobertas sob o véu de incompatibilidade com a atual noção de dolo.

Nesse sentido, mais uma vez Cirino dos Santos auxilia na refutação de tal descabida tese ao lecionar que:

O componente intelectual do dolo consiste no conhecimento atual das circunstâncias de fato do tipo objetivo, como representação ou percepção real da ação típica: não basta uma consciência potencial, capaz de atualização, mas também não se exige uma consciência refletida, expressa pela verbalização<sup>34</sup>

Não é suficiente a afirmação de que o agente teria condições de saber a origem ilícita dos componentes das máquinas, quando, na realidade, efetivamente teria de conhecer tal dado elementar ao preenchimento do tipo objetivo do crime de contrabando. Em outros termos, essa consciência atual “deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada”<sup>35</sup>.

Importante salientar que o conhecimento da origem clandestina desses componentes eletrônicos apenas seria crível no que tange aos efetivos integrantes de organizações criminosas que, na linha de frente de tais operações, contribuem diretamente para a entrada e distribuição de máquinas voltadas à exploração de jogos de azar por todo o país.

---

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1256038 RO 2011/0084969-4 Relator: MARANHÃO, Ericson (Desembargador convocado do TJ/SP). Publicado no DJ de 28-10-2014. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153389394/recurso-especial-resp-1256038-ro-2011-0084969-4>.

<sup>33</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº0003623-26.2006.404.7110, Relator Baltazar Junior, José Paulo. Publicado no DE: 19/02/2015. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php). Acesso em: 15 fev. 2014.

<sup>34</sup> ROXIN, 1996; WELZEL, 1969 apud CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.135.

<sup>35</sup> BITENCOURT, 2012, p.350.

Na esteira do até aqui exposto, também merecem ser refutadas aquelas teses que buscam a incriminação do pequeno comerciante com base em possível dolo eventual<sup>36</sup> quanto à realização do crime de contrabando.

Lecionam Zaffaroni & Pierangeli que:

O dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo ‘que aguento’, ‘que se incomode’, ‘se acontecer, azar’, ‘não me importo’. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade.<sup>37</sup>

Contudo, a aceitação do resultado “como possibilidade, como probabilidade” exige, tal como lógico se faz, que o agente seja capaz de antevê-lo, isto é, que haja em sua mente a mensuração da probabilidade de acontecimento da lesão ou colocação em perigo de determinado bem-jurídico.

Como já abordado, o pequeno comerciante não busca a realização do crime de contrabando, não podendo, desse modo, a ele ser atribuída a previsão da possibilidade da ocorrência de resultado natural a esse delito. Frise-se que o agente busca, no caso em tela, apenas, o resultado representado pela obtenção de vantagem mediante jogo de azar, sendo permitido, apenas nesse caso, que seja trabalhada a hipótese de dolo eventual.

Consequência dessa desastrosa política criminal revela-se ainda através do cada vez mais frequente posicionamento jurisprudencial que toca ao não reconhecimento da insignificância da conduta em voga<sup>38</sup>, sob a alegação, no mais das vezes, de que o crime de

---

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Habeas Corpus nº 8797. Relator: FONTES, André. Publicado no E-DJF2R de 15-07-2013. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:Mh9J-DKDCAEJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201302010074869%26CodDoc%3D279791+contrabando+e+ca%C3%A7a-n%C3%ADquel+e+dolo+eventual+&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:Mh9J-DKDCAEJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201302010074869%26CodDoc%3D279791+contrabando+e+ca%C3%A7a-n%C3%ADquel+e+dolo+eventual+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8) Acesso em: 13/fev. 2014.

<sup>37</sup> ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011, p.434.

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 0011223-74.2008.4.03.6102/SP. Relator: GUIMARÃES, Cotrim. Publicado no D.E. de 14-03-2014. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3410032> Acesso em: 15 fev. 2014.

contrabando viola a ordem pública<sup>39</sup>.

Talvez, para além de uma incongruência entre os elementos constitutivos do tipo doloso, estejamos presenciando a tentativa de cristalização de modalidade de **dolo desvalorado**, inteiramente desconexo à atual concepção finalista da ação.

Neste sentido, sustentam Zaffaroni & Pierangelli que:

[...] o dolo está livre de toda reprovação, porque a reprovabilidade (culpabilidade) é um passo posterior à averiguação do injusto (conduta típica e antijurídica), pois o dolo integra o injusto como uma característica da tipicidade dolosa.<sup>40</sup>

Desse modo, a exarcebada reprovação daquelas condutas atreladas à exploração de jogos de azar, que, ao mínimo, deveria restar contida quando da análise da culpabilidade, acaba por contaminar as demais estruturas basilares do crime, influenciando diretamente na construção de um juízo de tipicidade equivocado que coaduna fatos a tipos incriminadores que desses destoam.

Assim, por hora, não vislumbramos solução outra para o questionamento aqui posto que não o mero reconhecimento do efetivo (real) dolo do agente, ou seja, a coadunação de seu **conhecer e querer** com a estrutura típica objetiva do artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41 ou do art. 2º, inciso IX da Lei nº 1.251/1951.

---

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Criminal nº 11426. Relator: FONTES, André Publicado no D.E. de 24-07-2014. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM\\_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201051018101024%26CodDoc%3D291086+contrabando+e+ca%3%A7a-n%3ADquel+e+insignific%3%A2ncia+&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201051018101024%26CodDoc%3D291086+contrabando+e+ca%3%A7a-n%3ADquel+e+insignific%3%A2ncia+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8) Acesso em: 15 fev. 2014.

<sup>40</sup> ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011, p.422.

## 6. OS CASOS DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL E A INDIFERENÇA PELA REALIDADE

A política criminal em estudo deixa de considerar outro dado recorrente na realidade daqueles comerciantes que possuem em seus estabelecimentos máquinas caça-níqueis.

No mais das vezes esses comerciantes são ameaçados por integrantes das organizações criminosas afetas à exploração de jogos de azar a terem em seus estabelecimentos tais máquinas sob o risco de serem suas vidas ceifadas.<sup>41</sup>

É dizer que muitos desses estabelecimentos, em sua maioria pequenos bares, encontram-se localizados em bairros periféricos que possuem precário alcance de serviços essenciais, tal como a segurança pública.

Nesse espeque, a atuação de tais grupos criminosos resta fortalecida, não cabendo ao pequeno comerciante escolha outra que não a de ceder às ameaças e acatar a instalação em seus estabelecimentos daquelas máquinas.

Resta claro que, frente a tal panorama, não seria plausível a expectativa de que o comerciante agisse, mesmo assim, conforme aos mandamentos legais e arriscasse a sua vida ou de seus familiares.

É valiosa a lição de Cirino dos Santos ao afirmar que:

[...] circunstâncias **normais** fundamentam o juízo de **exigibilidade de comportamento conforme ao direito**; ao contrário circunstâncias **anormais** podem constituir **situações de exculpação** que excluem ou reduzem o juízo **de exigibilidade de comportamento conforme ao direito**: o autor reprovável pela realização não justificada de um tipo de crime, com conhecimento real ou possível da proibição concreta, é **exculpado** pela anormalidade das circunstâncias do fato, que excluem ou reduzem a exigibilidade de conduta diversa.<sup>42</sup>

Frise-se que, conforme delineado em capítulo anterior, o **conhecimento real ou possível**

---

<sup>41</sup> Nesse sentido: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI1057038-EI316,00-RJ+Guerra+dos+cacaniqueis+faz+mais+duas+vitimas.html>.

<sup>42</sup> CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.331.

**da proibição concreta, destacado pelo ilustre mestre**, toca ao **dolo** da prática do delito anão previsto no artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41 ou do crime previsto no art. 2º, inciso IX da Lei nº 1.251/1951 e não, por sua vez, ao delito de contrabando (art. 334-A do Código Penal)!

Nessa perspectiva, a ameaça suportada pelo pequeno comerciante revela-se tal qual uma **coação moral irresistível** que mitiga a possibilidade de motivação a partir do mandamento legal de não violar o direito. Nesses casos **existe vontade, embora seja viciada, ou seja, não é livremente formada pelo agente**<sup>43</sup>.

Importante se faz frisar que um dos requisitos que tocam à configuração de hipótese de **coação moral irresistível** revela-se na **inevitabilidade** do perigo que pode vir a ser suportado pelo agente. Desse modo, resistência a esse requisito poderá surgir quanto ao fato de o pequeno comerciante, uma vez ameaçado a instalar em seu estabelecimento as ditas máquinas caça-níqueis, poder buscar auxílio junto aos órgãos de segurança pública a fim de proteger a si e a sua família. Contudo, deve-se admitir que muitas das vezes tal contra-argumento revela-se afastado da realidade social exprimida no início deste capítulo.

A busca, nesse caso, dos aparatos de segurança pública pode representar, ao invés de uma saída, o agravamento do problema, uma vez que são recorrentes na mídia os casos em que policiais encontram-se envolvidos com aquelas organizações criminosas dedicadas à exploração de jogos de azar e demais delitos conexos. Tal dado se faz ainda mais alarmante quando se constata que são comuns os casos daqueles comerciantes que possuem seus estabelecimentos no mesmo bairro em que residem, quando não em sua própria casa.

Portanto, resta evidente que, comprovada a ameaça irresistível sofrida pelo agente, e este, por conta disso, não podendo se motivar conforme ao direito, apenas o autor mediato deverá responder pelos delitos correspondentes à obtenção de vantagem com a exploração de máquina de jogo de azar, muita das vezes inserido no âmbito de grandes organizações criminosas.

Porém, o problema muitas das vezes reside na dificuldade para o dono do estabelecimento comercial comprovar tais ameaças, uma vez que são poucos os moradores das comunidades pobres e violentas que aceitam a arriscada tarefa de prestar depoimento enquanto testemunha de defesa, já que em tais lugares aprende-se facilmente que a lei do silêncio encontra-se acima de todas as outras.

---

<sup>43</sup> BITENCOURT, 2012, p.477.

Diante de tal panorama, a absolvição do pequeno comerciante constitui tarefa árdua.<sup>44</sup>

Assim, evidente se faz que a desastrosa política criminal que ora analisamos, para além de cometer grave equívoco em solo teórico, deturpa e interpreta a realidade de acordo com seus devaneios punitivistas.

## 7. CONCLUSÃO

É de se observar, portanto, que o problema aqui exposto não toca apenas à seara do ordenamento jurídico quando, na verdade, possui complexos imbrincamentos no seio social no qual se põe a norma.

Nesse sentido, não podemos olvidar que a marca da funcionalidade não se faz presente apenas no momento da elaboração do tipo penal que pretende criminalizar a conduta de exploração de jogo, como também no momento da interpretação e aplicação da norma, com finalidade de se atender a interesses de grupos dominantes e que ditam verdadeiramente as regras do jogo.

Conforme pudemos visualizar, a conduta do proprietário do estabelecimento comercial, quando afastada da política criminal por nós apontada, se restringiria a mera prática de obtenção de vantagem com jogo de azar, **nada se inferindo quanto ao crime de contrabando.**

Assim, a solução do problema aqui apresentado não requer uma fórmula mágica, quando um primeiro passo perpassa pela simples adequação entre a consciência e o querer do agente ao tipo penal correspondente à conduta efetivamente praticada.

Nesse ponto, não se deve olvidar que, frente à complexidade de relações que a realidade social pode apresentar, deve-se ter a sensibilidade de mensurar em que condições a

---

<sup>44</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal nº 201051018101024, Relator: Fontes, André, Publicado no DJF2R: 24/07/2014. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM\\_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%-3D201051018101024%26CodDoc%3D291086+ca%C3%A7a+e+n%C3%ADquel+e+coa%C3%A7%-C3%A3o+e+moral+e+irresist%C3%ADvel+&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%-3D201051018101024%26CodDoc%3D291086+ca%C3%A7a+e+n%C3%ADquel+e+coa%C3%A7%-C3%A3o+e+moral+e+irresist%C3%ADvel+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8).

vontade do agente foi formada, sob o risco da punição deste quando não passou de mero instrumento para a vontade de outrem, o verdadeiro responsável pela ação.

Enquanto o trabalho dos órgãos de acusação continuar a ignorar o uso da persecução para atendimento de uma política destoada da realidade, e se limitar a punir o dono do bar, última pessoa de toda uma escala de acontecimentos, não há que se falar em combate ao crime, mas sim em uso indevido da persecução penal como resposta instantânea e desmensurada aos anseios de parte influente do corpo social.

Assim, deve ser chamada a atenção para o fato de que o Poder Judiciário, ao admitir condenações nesses moldes, está compactuando com esse desvirtuamento da persecução penal, quando possui a capacidade de, através de sua atividade, adequar norma à realidade social.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 8. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2012

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris ICPC, 2008.

FERRAZ JÚNIOR SAMPAIO, Tércio. **A Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 7.ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: 1, Editora. Campus Jurídico, ed. 2012. Rio de Janeiro, Editora Campus Jurídico, 2012.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo; ALAGAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: volume II, I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA  
SANÇÃO DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE  
APOSENTADORIA: DIREITO DE APOSENTAR,  
NECESSIDADE DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR E  
PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA  
APOSENTADORIA

*Wilbran Schneider Borges Junior*

*THE UNCONSTITUTIONALITY OF RETIREMENT  
FORFEITURE AS A DISCIPLINARY SANCTION: THE RIGHT  
TO RETIRE, THE NEED OF DISCIPLINARY PUNISHMENT  
AND MEETING REQUIREMENTS TO RETIRE*



# A INCONSTITUCIONALIDADE DA SANÇÃO DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA: DIREITO DE APOSENTAR, NECESSIDADE DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR E PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APOSENTADORIA

*THE UNCONSTITUTIONALITY OF RETIREMENT FORFEITURE AS A DISCIPLINARY SANCTION: THE  
RIGHT TO RETIRE, THE NEED OF DISCIPLINARY PUNISHMENT AND MEETING REQUIREMENTS TO  
RETIRE*

*Wilbran Schneider Borges Junior.*

*(Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo pela UNIDERP-  
Anhanguera – LFG. Servidor da Defensoria Pública da União).*

## RESUMO

O trabalho demonstrará que a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar não possui o escopo de também retirar o direito de se aposentar do ex-servidor. Uma vez preenchidos os requisitos legais para concessão, é dever de o Estado concedê-la. A aplicação engessada do direito, tal como ocorre nesse caso, não distingue a autonomia entre o regime jurídico disciplinar e o regime de previdência que o servidor se encontra vinculado, mormente quando vinculado ao Regime Próprio de Servidores. A indisciplina deve ser combatida pela Administração Pública, mas não pode ultrapassar direitos totalmente autônomos e fundamentais do servidor, entre eles, o da aposentação. A aposentadoria é patrimônio jurídico do servidor intocável por decisão administrativa disciplinar. O direito previdenciário deve ser visto sob enfoque apartado, posteriormente à aplicação da sanção disciplinar, esta de específico e único âmbito de direito administrativo. Ademais, a perda da condição de segurado no Regime Próprio, ocorrida em razão de demissão ou cassação de aposentadoria não prejudica, não afeta, o direito de aposentadoria, para o qual ocorreu o preenchimento de todos os requisitos legais. No futuro próximo, o tema tende a sofrer uma pacificação na Suprema Corte, norte que será para todas as relações jurídicas nessas condições.

Palavras-chave: Disciplinar. Cassação. Aposentadoria. Inconstitucionalidade. Direito adquirido.

## ABSTRACT

The work will demonstrate that the forfeiture of retirement as a disciplinary sanction does not have the scope to also withdraw the right to retire from the former server. Once completed the legal requirements for granting it is the duty of the State to grant it. The plaster application of the law, as occurs in this case, does not distinguish between the autonomy disciplinary legal system and the social security system that the server is bound, especially when related to the own servers Regime. The discipline must be fought by the public authorities but may not exceed totally autonomous and fundamental rights of the server, including the retirement. Retirement is legal heritage Untouchable server for disciplinary administrative decision. The social security law must be viewed in focus departed, after the application of disciplinary action, this specific and unique context of administrative law. Moreover, the loss of insured status in the Special Policy, which occurred due to resignation or retirement cancellation without prejudice, does not affect the right to retirement, to which occurred completing all legal requirements. In the near future, the subject tends to experience a peace in the Supreme Court, north it will be for all legal relationships under these conditions.

**Keywords:** Discipline. Forfeiture. Retirement. Unconstitutionality. Vested right.

Data de submissão: 28/02/2015.

Data de aceitação: 04/08/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 POSSÍVEL ORIGEM DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA COMO SANÇÃO DISCIPLINAR. 3 REVOLUÇÃO DO PENSAMENTO ADMINISTRATIVO TOCANTE ÀS PUNIÇÕES DISCIPLINARES. 4 MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. 4.1 Direito à aposentadoria. 4.2 Direito adquirido à aposentadoria e exegese criativa do direito. 5 RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA E PREVIDENCIÁRIA ENTRE SERVIDOR E ESTADO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## 1. INTRODUÇÃO

A sanção disciplinar de cassação de aposentadoria remonta à época muito antiga. Diz-se que ela teve seu auge quando a interpretação do princípio da supremacia do interesse público não esbarrava em quaisquer limites, salvo se devidamente positivados. Ela é uma dentre as diversas sanções disciplinares que o servidor público está sujeito na realização das suas atribuições funcionais. Trata-se tão só de penalidade funcional, nada tem de índole previdenciária.<sup>1</sup>

Ninguém se olvida do Poder Disciplinar e na devida atividade de controle, esta última consubstanciada, muitas vezes, no Poder Hierárquico que detém a Administração Pública. É fato notório que ela precisa e necessita de uma maior prevalência de seus interesses face os do particular ou mesmo dos seus agentes públicos. Afinal, ela faz prevalecer o interesse da coletividade, a qual é maior que qualquer interesse individualmente aferido.<sup>2</sup>

Entretantes, é inexorável que esse quase que insuperável direito de sobreposição do interesse público sobre o privado está, nos últimos anos, sendo questionada judicial e doutrinariamente face postulados de direitos fundamentais. Ademais, a nova exegese a ser empregada ao princípio em tela, bem assim ao direito de punir que detém o Estado-Administrador atinge as sanções disciplinares a serem possivelmente impostas aos servidores que eventualmente cometerem qualquer infração administrativa.

Com efeito, o direito de punir de que se fala não encontra, salvo o instituto da demissão, tratamento constitucional. Logo, cabe aos estatutos dos servidores de cada ente federado dispor sobre referidos institutos sancionatórios. Na omissão, caberia falar em aplicação analógica da Lei n° 4.898/1965.<sup>3</sup>

No amparo desse argumento e da já vetusta interpretação de compatibilidade com a Constituição Federal, todas as penas disciplinares não poderão, em hipótese nenhuma, conflitar com princípios implícitos ou explícitos da ordem constitucional ou mesmo de tratados internacionais de direitos humanos, ainda que incorporados como normas

---

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 2014.

<sup>2</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**, 2014.

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 2014.

supralegais.<sup>4</sup>

Por essa razão, o enfoque da pena disciplinar de **cassação de aposentadoria** vem sendo questionada. Outrora de forma tímida, já de hodierno de forma mais incisiva até mesmo no Tribunal Constitucional.

O tema tende a ganhar novos contornos e uma evolução jurisprudencial que, de forma inabalável, atingirá os entes políticos na relação com seus servidores. É que não se coaduna com os princípios fundamentais insertos na Carta Política, bem assim da interpretação a eles empregada, a cassação de aposentadoria de servidor público já na inatividade ou mesmo que já tenha implementado todos os requisitos para gozar o benefício previdenciário em questão.

A inconstitucionalidade é tão manifesta na referida sanção disciplinar, todavia passou despercebida por várias décadas. Foi pouco questionada neste interregno, talvez porque, assim como outros dispositivos legais, permaneceram pouco utilizados pelo administrador. A ilação posta advém pelo fato de haver crescente número de punições aos servidores públicos de todas as esferas dos entes federados.

Indubitável, portanto, que a trivial aplicação da punição de cassação de aposentadoria, assim como de outras sanções, faça surgir situações peculiares e que devam sofrer a devida restrição de aplicação. Dessa forma, feita a devida conjugação de dispositivos e analisados os novos enfoques constitucionais e interpretações aos princípios desde muito regentes no seio da Administração Pública, irremediável salientar que todas as disposições no sentido de tolher o direito de aposentadoria do servidor ou ex-servidor público não estão consentâneas com princípios fundamentais regentes na República Federativa do Brasil.

---

<sup>4</sup> BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**, 2013.

## 2. POSSÍVEL ORIGEM DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA COMO SANÇÃO DISCIPLINAR

Bem se falava, nos remotos tempos da Administração Burocrática e Patrimonialista, que a aposentadoria era, em verdade, um prêmio ao servidor público que laborou pelo tempo necessário ao Estado. Após longos anos de serviços prestados ao Estado, constatava-se a necessidade de colocá-lo em inatividade remunerada. Nesta senda, eventuais licenças remuneradas não gozadas em épocas contemporâneas poderiam ser computadas para fim de receber o prêmio final, a tão sonhada aposentadoria.

Todos os agentes públicos, com a plena ciência que lhes é peculiar, sabiam que a indisciplina, o ato infracional do regulamento disciplinar era severamente punido. É que o cargo público, **esse plexo de deveres e atribuições** atribuído ao agente público, que possuía o condão de lhes proporcionar, ao final da vida laborativa, a tão esperada recompensa.<sup>5</sup>

Nesse período a inatividade decorria tão só do cargo e do tempo de serviço prestado para o Estado. Nada mais se requeria. Ao tempo de se aposentar, era mister a existência do cargo público e o período de tempo de serviço necessário. Este último requisito poderia, inclusive, ser real ou fictício.

Bresser Pereira ao comentar o referido período afirma com proficiência que:

O mais grave dos privilégios foi o estabelecimento de um sistema de aposentadoria com remuneração integral, sem nenhuma relação com o tempo de serviço prestado diretamente ao Estado. Este fato, mais a instituição de aposentadorias especiais, que permitiram aos servidores aposentarem-se muito cedo, em torno dos 50 anos.<sup>6</sup>

Nesse espectro dizia-se como irremediável uma reforma administrativa, a qual não avançou com o texto primitivo da Constituição de 1988, a qual já trouxe regras de aposentadoria e para eventuais atitudes a serem aderidas por toda a Administração Pública brasileira, em todos os entes federados. Era incontestado que uma reforma profunda na Administração

---

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2011.

<sup>6</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Revista do Serviço Público**, 1996, p. 09.



Pública ainda muito burocrática aconteceria. Todavia, ela só adveio com as Emendas Constitucionais nº 19 e 20, em meados de 1998.

Referidas ações do Poder Constituinte Derivado Reformador terminaram por inovar alguns pontos no Estado-Administrador, entre as quais a aposentadoria. Esta passou a ser tratada como um direito do servidor público que contribuiu para o Regime Previdenciário que se encontra vinculado; não era mais vista como um prêmio pelo tempo de serviço, senão um benefício pelo tempo de contribuição que verteu para o sistema previdenciário ao qual estava vinculado.

Em suma, ocorreu uma revolução na garantia da inatividade do servidor público. Conquanto não tenha sido implementada uma reforma nos estatutos de servidores e face à questão da impunidade dos servidores desidiosos, resquícios ainda daquela Administração que se buscava modificar, somente tempos depois das ditas Reformas Constitucionais é que se começou a sentir alguns dissabores.

Essa verdadeira mudança de paradigma acabou por punir o cidadão de forma desproporcional. Passou-se então a se repensar qual seria a medida adequada e proporcional, bem assim sob qual visão deveria ser visto o princípio da supremacia do interesse público, tão presente nas motivações das punições administrativas aos agentes públicos.<sup>7</sup>

### **3. REVOLUÇÃO DO PENSAMENTO ADMINISTRATIVO TOCANTE ÀS PUNIÇÕES DISCIPLINARES**

Indagar se deve haver punição ao agente faltoso é impensável. Ela é necessária nas três esferas a que o agente público encontra-se submetido. Tanto nas esferas penal, civil e administrativa a punição deverá prosperar, se presentes os devidos requisitos. É o interesse público verdadeiramente presente. Em última análise é o princípio da eficiência, moralidade e legalidade sendo colocados em prática.<sup>8</sup>

É sabido, no entanto, que a pena administrativa de cassação de aposentadoria, conforme

---

<sup>7</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**, 2014.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 2014.

o olhar de sua origem alhures esposado, era vista como a punição mais do que certa ao servidor público faltoso na atividade, acaso já se encontrava aposentado. Presenciava-se, à época, uma ideia diversa acerca da previsão de aposentadoria, não se pondo a consagrar o cunho social e fundamental que ela desempenha ao ser humano.<sup>9</sup>

O sucessivo tempo de serviço prestado ao Estado não era analisado sobre o prisma do princípio da solidariedade. A aposentadoria detinha cunho nitidamente retributivo e de bônus aos longos anos de serviço desempenhados ao Poder Público. Não fazia parte do patrimônio jurídico do servidor público à medida que os anos se passavam.

A evolução de pensamento, mormente às reformas previdenciárias engendradas, bem assim daquele aplicado ao princípio da supremacia do interesse público consubstanciaram novos horizontes.

Outrora o princípio alhures comentado era por insuperável. Em eventual conflito, deveras ele prevaleceria. Porém, como sempre acontece, a análise do caso concreto se faz repensar os parâmetros de aplicação dados às normas positivadas.

Alerta Dirley da Cunha Junior:

Não pode o Estado, a pretexto de agir em nome da supremacia do interesse público, suprimir direitos de seus cidadãos reconhecido pela ordem jurídica. O direito administrativo contemporâneo não pode mais conviver com argumentos de autoridade. O princípio da autoridade segue lugar ao princípio da dignidade da pessoa humana (...) Nesse contexto, o Direito Administrativo deixa de se preocupar exclusivamente com o Estado e a Administração Pública para considerar com prioridade a pessoa humana, que da condição de simples administrado passa a ser elevada a condição de cidadão e titular de direitos.<sup>10</sup>

Na aberta visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, dessa forma é axiomático:

no constitucionalismo pós-moderno, que não transpõe os direitos fundamentais, não há como sustentar-se o antigo princípio da supremacia do interesse público. Cedição é que este partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos

---

<sup>9</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 2014.

<sup>10</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**, 2014, p. 36.

e privados.<sup>11</sup>

Decerto começou-se a mudar o paradigma de aplicação de penalidades a servidores faltosos razão da inserção, no campo exegético, da jurisprudência de valores (*Wertjurisprudenz*). Isso acabou por oxigenar uma aplicação do ordenamento jurídico que hodiernamente é criativa, não mais legalista e engessada.<sup>12</sup>

Lado outro, existe a premência e inevitável questão de partilha a todos os integrantes da sociedade dos infortúnios da vida, também denominados riscos sociais. Ela ocorre ainda que atinjam pequena parcela da sociedade. Este aquinhoamento é devido em grande parte ao fato do atingimento do Estado social e respectivas Constituições Sociais.

Por essa razão, claudicar em aplicar cegamente a pena disciplinar aqui rechaçada é afrontar postulados constitucionais e internacionais de proteção à pessoa humana.

#### **4. MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA**

##### **4.1. Direito à aposentadoria**

As leis de diversos entes da federação são incisivas: a prática de infração de disciplinar que enseja demissão, mesmo que o servidor público venha a ser aposentado durante o trâmite do processo administrativo disciplinar, possui consequências. Uma das maiores é a cassação de aposentadoria.<sup>13</sup>

Inobstante o servidor público tenha preenchido todos os requisitos necessários para aproveitar do benefício, perderá o direito ao percebimento da aposentadoria dos cofres públicos. Não se entra em qualquer digressão acerca do direito social e fundamental de obter aposentadoria, de suposto enriquecimento ilícito do Estado ou até mesmo de

---

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 2014, p. 147.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2014.

<sup>13</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**, 2014.

privação, por via reflexa e mediata, de outros direitos fundamentais que são atingidos com o recebimento dos proventos de inatividade.<sup>14</sup>

Essa consequência desastrosa tinha razão de existir antigamente, em um Estado não Social. Tinha maior sustentáculo antes das reformas previdenciárias ocorridas, que passaram a entender que com o passar dos meses e anos e respectivo direcionamento de contribuições previdenciárias ao regime previdenciário que o servidor se encontrava vinculado, isso estaria a construir um patrimônio jurídico ao segurado. Quando do implemento dos requisitos legais poderia usufruir do benefício social, seja qual for o regime previdenciário que estivesse vinculado.

Assim, a cassação de aposentadoria só se daria em razão de sua concessão irregular, em total afronta à lei. Somente seria aplicada essa sanção quando o servidor não teria preenchido os requisitos para o benefício. Dessa feita, deveria voltar ele à atividade até completar os requisitos para tanto.<sup>15</sup>

Não fosse só, ficou consolidado que o benefício previdenciário de aposentadoria corresponderia proporcionalmente aos valores contribuídos ao regime que se encontra vinculados o cidadão.

Com efeito, enfatiza novamente Dirley da Cunha Júnior:

a aposentadoria é um direito fundamental, de natureza social, à inatividade remunerada, assegurado ao servidor em caso de invalidez, idade ou a pedido, se satisfeitas, neste último caso, certas condições. Nestes termos, atendidos certos requisitos, o servidor tem o direito de se aposentar por invalidez, compulsoriamente ou voluntariamente.<sup>16</sup>

No arrimo do explanado até aqui, é bem nítida a diferença entre o direito a não ter a respectiva aposentadoria cassada e aquele inerente à atividade administrativa, o de combate e punição das infrações administrativas.

O Estado-Administrador tem o irrefutável dever de analisar, investigar e dizer se tal ou qual conduta é considerada infração às normas legais, com as passíveis consequências de

---

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 2014.

<sup>15</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**, 2012.

<sup>16</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**, 2014, p. 281.

estilo. O poder de império dos atos administrativos pressupõe que, ainda que de ofício, haja o devido cotejo com as leis postas para se aferir eventual ilícito administrativo.<sup>17</sup>

No entanto, de outra banda, o servidor que está a contribuir com o regime previdenciário não pode fazer qualquer opção. Isso porque uma vez exercente de cargo, emprego ou função públicos deverá contribuir com a Previdência Social de forma obrigatória.<sup>18</sup> Nada obstante, a diferenciação, no ponto do aqui discutido, faz-se em razão daqueles que são titulares de cargos e funções públicos, devidamente vinculados ao Regime Próprio de Previdência.

Com efeito, somente para aqueles regidos pelo Regime Próprio de Previdência Social é que a punição disciplinar de cassação de aposentadoria se torna efetiva. Se o servidor público, embora seja titular de cargo público, mas vinculado ao Regime Geral de Previdência Social não terá sua aposentadoria cassada, em evidente afronto à razoabilidade. Ora, só para aqueles vinculados em Regime próprio que as regras são diferenciadas, sendo evidente, em um primeiro plano, que algum erro de exegese ou constitucionalidade paira sobre a referida pena administrativa.

A aposentadoria, direito social e direito humano de instituição obrigatória no Brasil, conforme art. 5º, §3º, da Constituição Federal tem um tratamento livre de divergências no Supremo Tribunal Federal – STF.

Em voto no da ADI 3105-8, o qual vale sua transcrição, foi consignado de forma ímpar pelo Ministro Marco Aurélio:

O cidadão, que a lei aposentou, jubilou ou reformou, assim como o a que ela conferiu uma pensão, não recebe esse benefício, a paga de serviços que esteja prestando, mas a retribuição de serviços que já prestou, e cujas contas se liquidaram e encerraram com um saldo a seu favor, saldo reconhecido pelo estado com a estipulação legal de lhe mortizar mediante uma renda vitalícia na pensão, na reforma, na jubilação ou na aposentadoria.

O aposentado, o jubilado, o reformado, o pensionista do Tesouro são credores da Nação, por títulos definitivos, perenes e irretroatáveis”. (sem negrito no original)

(...)

“Sob um regime, que afiança os direitos adquiridos, santifica os contratos, submete ao cânon da sua inviolabilidade o Poder Público, e, em garantia delas, adstringe as leis à norma tutelar da irretroatividade,

---

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2011.

<sup>18</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos; Coord. LENZA, Pedro. **Direito Previdenciário Esquemático**, 2013.

não há consideração de natureza alguma, juridicamente aceitável, moralmente honesta, socialmente digna, logicamente sensata, pela qual se possa autorizar o estado a não honrar a dívida, que com esses credores contraiu, obrigações que para com eles firmou.

A aposentadoria, a jubilação, a reforma, são bens patrimoniais, que entraram no ativo dos beneficiados como renda constituída e indestrutível para toda a sua vida, numa situação jurídica semelhante à de outros elementos da propriedade individual, adquiridos, à maneira de usufruto, com a limitação de pessoas, perpétuas e intransferíveis.

(...)

Vale ressaltar, que a aposentadoria é um investimento a longo prazo, que inicia-se no início da atividade laboral, seja qual for, e se protraí no tempo, sempre disjungida da função, profissão ou atividade a que pertença o trabalhador, permitindo-se até o pagamento na forma autônoma. Não se imbrica na função exercida do obreiro. Indefectivelmente, o aposentado é tão-somente aposentado. Não se fazendo necessário a colocação de funcionário aposentado, juiz aposentado, médico aposentado, etc, pelo átimo de motivo, que é tão-somente aposentado. A aposentação gira por fora de qualquer atividade laboral. É uma conquista, ao longo dos anos, de descontos realizados para esse mister. Não está a aposentadoria subjugada a cargo, função ou atividade, porque delas se supera, é independente, autônoma, e tem vida própria. Todo trabalhador brasileiro que contribuir com qualquer Previdência, tem direito à aposentadoria.

(...)

O direito de trabalhar não se confunde com o direito aos benefícios previdenciários, ambos defluem de situações perfeitamente caracterizadas e não coincidentes. A aposentadoria, por si só, constitui fato gerador da cessação do vínculo de emprego, conquanto a relação mantida pelo empregado com a instituição previdenciária não se confunde com a que o vincula ao empregador.

São duas relações jurídicas individualizadas, não equiparáveis, sequer semelhantes: uma pessoa física com uma pessoa jurídica de direito privado (empregado e empregador) e com outra jurídica de direito público. A Constituição considera a aposentadoria como um benefício.

Rememore-se, dessa feita, tratar-se de direito social intocável. Aliás, conforme consignado por todos os Ministros, em verdadeiro *obiter dictum*, já no ano de 2004, a aposentadoria é extra labor. Ela vai se incorporando ao patrimônio jurídico do segurado de forma gradativa e intangível.

A qualquer momento, o direito de se aposentar está desvinculado totalmente do cargo, função ou emprego que detinha o servidor público. Ela é desprendida de forma intragável da atividade administrativa. Esse entendimento é utente no âmbito daquela Corte Suprema.

Nesse ponto, perscrutar outros julgados da Corte se torna desnecessário. O excerto acima transcrito transluz a perfeita harmonia do Supremo Tribunal Federal quanto ao entendimento a ser dado nos questionamentos atuais perante qualquer sanção de cassação de aposentadoria, mormente no provimento jurisdicional a ser prolatado na ADI 4882. Isso valerá tanto ao servidor já aposentado ou mesmo daquele que preencheu os requisitos legais no Regime jurídico no qual se encontra vinculado e de lá foi demitido.

#### 4.2. Direito adquirido à aposentadoria e exegese criativa do direito

Vale ressaltar que se trata de verdadeiro direito adquirido face ao Regime jurídico e não perante a Administração Pública. O conceito legal, previsto no art. 6º, da LINDB, dita ser “é o que faz parte do patrimônio jurídico da pessoa, que implementou todas as condições para esse fim, ponde utilizá-la a qualquer momento.”

Essa garantia fundamental está incutida também no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Disso resulta o que foi asseverado também por Ministros do STF: “Deste conceito, destaca-se o fato do direito adquirido pertencer ao patrimônio jurídico e não econômico e também, pela composição de todas as condições, ou seja, um fato consumado”.

Lado outro, exsurge que é fato incontroverso que o direito adquirido, intimamente imbricado com as mais variadas dicotomias apresentadas ao Direito, apresenta e insere-se “normalmente, nas questões de direito intertemporal. Não temos, no nosso direito, uma garantia ampla e genérica de irretroatividade das leis, mas a garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas pela lei nova.”<sup>19</sup>

Aliás, disso resultar, de acordo com a posição tópica do tema na atual Constituição Federal, ser “uma garantia do cidadão contra o Poder Público: só a este é oponível, não podendo ser invocada pelo próprio Estado contra o cidadão.”<sup>20</sup>

Ora, se o servidor implementou os requisitos legais para concessão de aposentadoria e

---

<sup>19</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 630.501-RS, 2013.

<sup>20</sup> COSTA; FERREIRA FILHO e VIEIRA. **Súmulas do STF organizadas por assunto. Anotadas e Comentadas**. 2014, p. 159.

venha ou não a ser inativado antes de eventual demissão, não é essa punição administrativa que abalará seu patrimônio jurídico. É bem distinto o seu direito de se aposentar.

A sanção disciplinar de cassação de aposentadoria está em plena afronta ao direito fundamental adquirido de se aposentar. A aplicação cega da norma legal de cassação de aposentadoria, prevista, por exemplo, no art. 127, IV, da Lei nº 8.112/90, afronta postulados e princípios bem maiores.

A cegueira deliberada na aplicação dos dispositivos com o mesmo teor, previstos nos mais diversos estatutos de servidores, engessa o direito, proscreve direitos fundamentais basilares e abala o meio social.

Na visão de Luís Roberto Barroso a aplicação e exegese do Direito passa por um revolução sem igual. Tem-se que:

No Direito, a temática, já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal, ou a intervenção estatal e seus limites, como no Welfare State. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito político, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, fala-se em delegificação, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido, sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As formas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.<sup>21</sup>

Dessa forma, trazendo os ensinamentos para o campo do aqui argumentado, tem-se que a atividade exegética, tanto para a Administração Pública, quanto e primordialmente ao Judiciário deve ser aberta. Não se aplica a lei, muitas vezes maldita, se o campo dos direitos humanos, fundamentais e se o mundo dos fatos terão consequências não esperadas no caso concreto.<sup>22</sup>

Deixar um servidor que jubizou, aposentou, reformou sem a devida contraprestação do

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**, 2001, p. 13-14.

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 2013.



Estado, afigura-se um dissenso, uma ilegalidade e inconstitucionalidade mais do que manifesta. Se ocorreu o atingimento dos requisitos para o benefício previdenciário de aposentadoria naquele regime previdenciário anteriormente vinculado, é direito mais do que adquirido de ter o benefício.

O entendimento é tão antigo, porém inaplicado. O STF tem enunciado de sua Súmula que trata especificamente sobre o assunto: Enunciado 359 - Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

Com isso, garantir a aposentadoria no mesmo regime previdenciário no qual se encontra vinculado o servidor público quando do preenchimento dos requisitos legais é obrigatório. Eventual sanção disciplinar de demissão ou cassação da aposentadoria jamais poderia lhe tolher esse direito, uma vez que ela não tem qualquer relação com o direito da Administração Pública expungir de seus quadros o servidor faltoso. As relações jurídicas são diversas de qualquer ângulo em que se analise.

Ademais, nem se diga que se estaria limitando e impondo um reconhecimento de direito adquirido a certo regime jurídico. É sabido que isso é vedado. O que se propugna nada tem com o direito a regime jurídico, senão o verdadeiro direito adquirido. Aquele que pode ser exercitado de imediato.<sup>23</sup>

Dessa forma, uma vez cumpridos os requisitos para glosar do benefício previdenciário, é direito concreto e ínsito ao futuro beneficiário. Não se trata de garantir uma expectativa de direito, o que desaguaria na possibilidade vedada pelo Supremo Tribunal Federal de direito adquirido a regime jurídico.

## **5. RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA E PREVIDENCIÁRIA ENTRE SERVIDOR E ESTADO**

Outrossim, ainda que se recalcitre em crer que o Estado estaria exercendo o já mitigado princípio do interesse público e estritamente vinculado ao princípio da legalidade estrita,

---

<sup>23</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 575.089/RS, 2008.

ressalte-se o enfoque da relação previdenciária, hoje de cunho obrigatório e vinculado. Essa relação se amolda ao poder de império do Estado frente a ter vertidas contribuições previdenciárias dos futuros beneficiários-contribuintes.

A mais abalizada doutrina propugna que a característica própria das contribuições, como espécie tributária autônoma, é o fato delas somente poder ser instituídas para atender a finalidade específica. Ainda, tem o produto de sua arrecadação destinado a sua finalidade precípua, diferente dos impostos, que também são tributos, porém a sua instituição independente de qualquer finalidade específica e cuja arrecadação não pode ter vinculações determinadas.<sup>24</sup>

Dessa feita, imperativo notar que a lição é de relação do poder de império, configurando-se como uma prestação imposta pelo Estado aos servidores públicos que em perspectiva deverão ser contemplados com a contraprestação estatal. Esta consubstanciada na devida e preciosa aposentadoria, provedora e eliminadora de diversos riscos sociais.

Nesse novo espectro presente no ordenamento jurídico atual, outrora consideradas como pura benesse estatal, hoje é uma relação jurídica que se conclui a longo prazo e de forma coercitiva. Uma vez vinculado aos quadros da Administração Pública, seja qual for o vínculo, deverá ter contribuições à previdência social pertinente proporcional aos ganhos.<sup>25</sup>

Agora, uma vez podendo se aposentar, mas o servidor é demitido e uma vez aposentado, mas a aposentadoria sendo cassada e em ambos os casos não lhe é permitido permanecer recebendo os proventos de aposentadoria, tem-se inegável reconhecimento do enriquecimento sem qualquer causa do Estado. Ademais, trata-se de inevitável ação inconstitucional, tendo como paradigma os direitos fundamentais.

Ademais, por ser uma relação jurídica de império, é nítido o enriquecimento, uma vez o servidor terá contribuído com sucessivos descontos previdenciários, mas não será ressarcido. Não fosse só, também não terá direito a se aposentar no regime no qual conclui todos os requisitos para tanto.

---

<sup>24</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**, 2012.

<sup>25</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos; Coord. LENZA, Pedro. **Direito Previdenciário Esquemático**, 2013.

Mesmo que se diga que o art. 201, §9º da Constituição Federal assegure a compensação entre regimes, poderá haver enriquecimento ilícito e será olvidado o princípio da progressividade e capacidade contributiva. Na opção em receber o benefício pelo Regime Geral de Previdência Social, os valores que excederem o percentual deste Regime serão indevidamente locupletados pelo Estado, em verdadeiro confisco.

Sem contar no consagrado postulado da dignidade da pessoa humana - art. 1º, III, da CF - que está a ser sobejamente violado, os princípios da impessoalidade e moralidade, regentes da Administração Pública no seio constitucional, são suprimidos sem quaisquer perguntas quando aplicada a pena disciplinar de cassação da aposentadoria. No mesmo sentido o são se o servidor demitido é obstado a ter recebido a aposentadoria para o qual preencheu todos os requisitos.

Não bastasse outros princípios de estatura constitucional e infraconstitucional nem mesmo são repensados pela a Administração Pública, entre eles o da proporcionalidade, razoabilidade e da segurança jurídica – art. 2º da Lei 9.784/99. Nesse sentido, por serem distintas as relações jurídicas, cada uma deve ser analisada sob o prisma isolado, para que não se inquine a interpretação que deva defluir de uma e de outra.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se verberou, há clara distinção entre o direito de a Administração Pública punir o servidor no âmbito disciplinar e o de se aposentar. Um não está imbricado ao outro. Irrompe da nova exegese que vem sendo afirmada para o Direito Administrativo que ele encontra limites mais do que certos. Os direitos fundamentais previstos no texto constitucional não podem ser deixados de lado. No Brasil, eles têm aplicação imediata e não sofrem limitações desarrazoadas.

Ademais, é sabido que o direito de aposentadoria é direito social fundamental, a teor do art. 5º, §3º, da Constituição Federal. Nesse espectro, há manifesta inconstitucionalidade da pena disciplinar de cassação de aposentadoria daquele servidor já aposentado e que é obstado de perceber seus proventos, em clara afronta, ainda, ao seu direito adquirido.

Também não poderá haver óbice à concessão do benefício adquirido quanto ao servidor demitido, ex-segurado do Regime Próprio, que ao tempo da demissão já tinha preenchidos todos os requisitos para aposentação naquele regime. Isso se dá por interpretação de onde há a mesma razão deve haver a aplicação do mesmo direito.

É assim pela já bem falada exegese criativa e social do direito. Dessa feita, afasta-se a visão e aplicação estanque do ordenamento jurídico. Com efeito, a perda superveniente ou prematura da condição de segurado não afeta o direito da aposentadoria.

Com efeito, os questionamentos judiciais hodiernos estão em crescimento. No Corte Constitucional ele também será objeto de análise no controle concentrado de constitucionalidade. Com certeza, deveras a posição do Supremo mudará o modo de proceder da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista da EMERJ, v.4, n.15, p-11-47, 2001. Disponível em: < [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/revistaexemplaresanteriores.htm](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/revistaexemplaresanteriores.htm)>. Acesso em: 22 de junho de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 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: 26 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de**

**novembro de 1969.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm) > Acesso em: 24 fevereiro 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n° 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 26 fevereiro 2015.

BRASIL. Lei n° 4.898, de 09 de dezembro de 1965. **Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm)>. Acesso em: 26 fevereiro 2015.

BRASIL. Lei n° 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)> Acesso em: 25 fevereiro 2015.

BRASIL. Lei n° 8.112 de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm) > Acesso em: 25 fevereiro 2015.

BRASIL. Lei n°. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em: 25 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3105-DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Intimado: Congresso Nacional. Relatora MIna. Ellen Gracie. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 fevereiro 2015. 22:15:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4882-DF. Requerente: Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. Intimado: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator Min. Gilmar Mendes. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 janeiro 2015. 12:15:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 575.089-RS. Recorrente: Reni Nunes Machado. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 22 fevereiro 2015. 18:20:00

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.501-RS. Recorrente: Aloysio Kalil. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relatora Mina. Ellen Gracie. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 15 fevereiro 2015. 14:35:00

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

COSTA, Mauro José Gomes da; FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins. **Súmulas do STF organizadas por assunto. Anotadas e Comentadas**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Revista do Serviço Público**. n. 47. Jan/abr. 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=87>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; Coord. LENZA, Pedro. **Direito Previdenciário Esquemático**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PROVA PENAL E SIGILO PROFISSIONAL:  
ANÁLISE COMPARATIVA E CASUÍSTICA DE  
ALGUMAS PROFISSÕES

*Edson Roberto Baptista de Oliveira*  
*Fernando Henrique Aguiar Seco de Alvarenga*

CRIMINAL EVIDENCE AND PROFESSIONAL  
SECURITY: A COMPARATIVE AND CASUISTICAL  
ANALYSIS OF SOME PROFESSIONS





# PROVA PENAL E SIGILO PROFISSIONAL: ANÁLISE COMPARATIVA E CASUÍSTICA DE ALGUMAS PROFISSÕES

*CRIMINAL EVIDENCE AND PROFESSIONAL SECRECY: A COMPARATIVE AND CASUISTICAL ANALYSIS OF  
SOME PROFESSIONS*

*Edson Roberto Baptista de Oliveira*

*(Pós- Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca/Espanha; Pós Graduando em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal. Advogado).*

*Fernando Henrique Aguiar Seco de Alvarenga*

*(Pós Graduado em Direito Processual pela UNISUL.  
Defensor Público Federal em São Paulo).*

## RESUMO

O trabalho pretende analisar o controvertido tema do sigilo profissional, muitas vezes tratado sem grande interesse pela doutrina processual penal, não obstante a sua relevância social. Para tanto é indispensável a identificação dos interesses protegidos pelo sigilo, bem como uma distinção entre segredo e sigilo. A análise do instituto em países de matriz jurídica comum, de modo a compreender como é o tratamento da matéria nessas nações, também é realizada, sendo analisados os ordenamentos italiano, espanhol e português. Estabelecido o panorama, passa-se a analisar o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro à matéria, com as respectivas críticas, bem como é proposto o estabelecimento de um critério de solução das controvérsias. Diante de toda a base conceitual retratada, passa-se a uma análise casuística das profissões de contador, jornalista, advogado e defensor público, tratando de questões específicas atinentes a cada uma delas.

**Palavras-chave:** Prova. Penal. Segredo. Sigilo profissional. Profissões.

## ABSTRACT

The study intends to analyze the controversial topic of the professional secrecy, which is very often treated without much interest in criminal procedure doctrine, despite its social relevance. Therefore the identification of the interests protected by the secrecy is essential as well as a distinction between secrecy and confidentiality. The analysis of the institute in common legal matrix countries, in order to understand how the matter is treated in these nations, is also performed by analysis of the Italian, Spanish and Portuguese legal systems. Once the outlook is established, the treatment given to the matter by the Brazilian legal system is analyzed, with the respective criticisms as well as the establishment of a solution criterion for controversies is proposed. In view of the whole conceptual basis portrayed, a case-by-case analysis is made based on the professions of accountant, journalist, lawyer and public defender with regard to specific issues related to each one of them.

**Keywords:** Evidence. Penal. Secrecy. Professional confidentiality. Professions.

Data de submissão: 25/02/2015.

Data de aceitação: 20/07/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 1.1 Interesses sociais protegidos 1.2 Segredo X sigilo 1.3 Natureza dúplice: direito/dever 2 BREVE ANÁLISE DE DIREITO COMparado 2.1 Itália 2.2 Espanha 2.3 Portugal 3 Aspectos Gerais do Sigilo no Brasil 3.1 Previsão Constitucional e legal 3.2 Inexistência de definição legal das profissões amparadas pelo sigilo 3.3 Proposta crítica: confidente necessário 4 CASUÍSTICA 4.1 Advogado e Defensor Público 4.2 Jornalista 4.3 Contador 5 CONCLUSÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo trazer algumas considerações acerca do sigilo profissional e a prova penal, especialmente de pessoas que em razão da sua função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo sobre algum fato e que possam vir a ser chamadas para testemunhar em algum processo criminal.

Nota-se que a regulamentação e o respeito ao direito à prova estão intimamente relacionados ao grau de comprometimento e afirmação do estado democrático de direito de determinada sociedade.

Obviamente, referido direito não se mostra ilimitado. Uma das nuances limitativas ao direito à prova se revela ao tratar do sigilo decorrente do exercício de uma profissão, na medida em que o profissional recebe a informação em função de seu ofício e conta com a confiança do particular de que não irá revelar tal segredo.

Isso porque certas atividades profissionais dependem inexoravelmente da confiança (e, por consequência, do sigilo), na medida em que, para bem exercer o mister, devem ter, necessariamente, conhecimento de aspectos íntimos e pessoais, cuja consequência para a própria continuidade e respeitabilidade da profissão é a imposição de sigilo como decorrência ética da atividade.

Entretanto, pode parecer questionável a sobreposição desses aspectos íntimos e privados de determinada pessoa na busca de uma verdade objetivada pelo processo penal, obstruindo a reconstrução histórica dos fatos para proteger o segredo de um particular; ainda mais na hipótese de o acesso a esse dado da realidade ser obstado por um dever ético ou moral.

Também se mostra controvertida a questão do sigilo, na eventualidade de o profissional que recebeu a informação (segredo), por considerar benéfico ao acusado – no caso do processo penal – opta por revelar este dado, sendo **juiz de seus próprios atos**, com ou sem o consentimento do confitente, sem prejuízo da responsabilidade pessoal quanto à revelação.

Outro ponto a ser destacado na celeuma que envolve o tema é o de que, muitas vezes, somente se analisa o sigilo profissional na produção da prova testemunhal, mas

essa limitação deve abarcar, por óbvio, outras situações, como a de busca e apreensão de documentos, uma vez que, se assim não fosse, poderia haver uma burla à vedação legal. Caso o profissional se negue a testemunhar, mas seja determinada a apreensão dos seus documentos relativos àquela situação (como, por exemplo, o prontuário médico<sup>1</sup>), certamente haverá violação ao sigilo profissional, ainda que sem o efetivo depoimento do profissional.

Muito já se discutiu acerca da prova ilícita, sendo certo que não se pretende o aprofundamento da questão, por não ser este o objetivo do trabalho, de modo que os fundamentos gerais para a vedação de admissão da prova protegida pelo sigilo profissional são certamente mais vinculados a razões de *extrinsic exclusionary rules*, conforme as valiosas lições de Mirjan Damaska<sup>2</sup> e de Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>3</sup>, pois levam em conta “considerações estranhas ao interesse de apuração da verdade processual”.

Não se trata, pois, de fundamento epistêmico, mas sim de razões políticas que visam preservar outros interesses sociais, uma vez que na clássica lição advinda da jurisprudência alemã, “a busca da verdade não se faz a qualquer custo”. Até porque o conhecimento trazido por um profissional destes teria grande potencial epistêmico. Imagine-se, exemplificativamente, o já conhecido paralelo do papel do juiz com o do historiador. Para este último o acesso a uma prova desta natureza seria de imensa valia para o seu trabalho, pois permitiria o contato com uma fonte de informação privilegiada. Mas trazer esse dado para a realidade processual implicaria no sacrifício de outros valores também protegidos pelo ordenamento.

Assim, resumidamente, o presente trabalho buscará demonstrar os aspectos legais do sigilo profissional, trazer comparações de legislações alienígenas, bem como analisar a situação de algumas profissões que guardam o dever de manutenção incólume de informações confidenciais recebidas em função de seu ofício.

---

<sup>1</sup> COLTRO, Antonio Carlos Mathias. O sigilo profissional e a requisição judicial do prontuário médico. In: ZIMMERMAN, David (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010. p. 205-211.

<sup>2</sup> DAMASKA, Mirjan. **Evidentiary barriers do conviction and two models of criminal procedure: a comparative study**, University of Pensilvania law review, 121:513, 1973.

<sup>3</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo, RT, 1997, p. 96.

## 1.1. Interesses sociais protegidos

Os valores (interesses sociais) que a proteção conferida pelo sigilo profissional alberga são essencialmente dois: o primeiro e de mais fácil percepção é o de proteção à intimidade/privacidade a qual restaria severamente violada se acaso os segredos confiados a um profissional, no exercício de sua especialidade, fossem revelados.<sup>4</sup> E a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, bem delimita que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e assegura o direito à indenização pelo dano material ou mora decorrente de sua violação”.

O outro interesse tutelado é o de confiabilidade das relações sociais travadas entre os particulares, pois não pode o Direito Penal ser motivo de mais cizânia e instabilidade, sendo certo que tem importante componente de pacificação social, de modo a garantir que todos possam bem exercer seus ofícios e obter todas as informações necessárias para tanto. Vale um exemplo ilustrativo, ainda que não penal, um paciente não revelaria a seu médico todas as circunstâncias em que determinada moléstia o acometeu, em especial se fossem constrangedoras tais circunstâncias, se acaso desconfiasse que o sigilo profissional não fosse guardado.

Também exemplificativamente, no caso do advogado que tem o dever de guardar segredo, a importância dos bens e direitos que protege na sua atuação profissional faz com que o sigilo seja mantido no interesse da sociedade. Os segredos são passados pelo cliente ao advogado porque há confiança mútua, na medida em que, se as informações forem incompletas, o patrono não exercerá seu ofício corretamente.

Dessa forma, não haverá o aproveitamento completo das potencialidades benéficas de um profissional se o sigilo não existir, porque este é um pressuposto da boa e efetiva atuação, sendo certo que a proteção pode existir ainda que o confitente abra mão de seu direito ao sigilo, tendo em vista que essa proteção constitui instrumento de defesa da paz social entre os cidadãos.

A proteção do segredo profissional se sobressai objetivamente para atender a interesses da sociedade, considerando que o fato de existirem profissionais ou profissões que trabalham

---

<sup>4</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El secreto profesional en el proyecto de código penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 33, n. 3, p.599-601, set./dez. 1980.

em regime de ampla confiabilidade interessa à segurança e à paz sociais.

Assim, em suma, são estes os dois grandes interesses protegidos pelas regras impositivas de sigilo profissional, a intimidade daquele que revela o segredo e a confiabilidade nas profissões e das relações sociais decorrentes. No âmbito de cada profissão, especificamente, sobressaem outros valores específicos a serem tutelados, os quais serão oportunamente abordados.

## 1.2. Segredo X Sigilo

Relevante a distinção trazida por Diego Fajardo de Souza,<sup>5</sup> ao citar Paulo José da Costa Jr. quanto à diferença entre segredo e sigilo: “Segredo é a informação, o dado da realidade que se pretende ver protegido ou ocultado e o sigilo é a forma através da qual é efetivada esta proteção.”

Fica assente o caráter instrumental do sigilo, o qual somente tem lugar para proteger o segredo e, por via de consequência, a intimidade. Claro, ainda, que um mesmo segredo pode ser protegido por diversos sigilos (profissional, ético, bancário, fiscal etc). Nítido, assim, ser preferível a locução **sigilo profissional** ao invés de **segredo profissional**.

Portanto, sigilo e segredo não são expressões sinônimas. Segredo é o que deve permanecer incólume, por exigência de ordem pública, pois o fato não obstante algumas pessoas tenham ciência, não deve, por lei, por sua natureza ou por vontade do interessado, ser revelado a outrem.<sup>6</sup> O sigilo é a forma ou o modo que tem por finalidade obstar a revelação do segredo.

Dessas simples considerações introdutórias pode ser extraída, ainda, outra importante conclusão: se o sigilo é meio de proteção para o segredo (intimidade), não havendo

---

<sup>5</sup> Diego Fajardo Maranha Leão de Souza. **Sigilo profissional e prova penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 73, jul./ago. 2008.

<sup>6</sup> SUCAR, Germán; RODRÍGUEZ, Jorge L; IGLESIAS, Agustín María. Violación de secretos y obligación de renunciar: un dilema ficticio: un comentario crítico al fallo Zambrana Daza. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 4, 8B, p.195, 1998.

direitos absolutos, necessário é o reconhecimento que o sigilo pode ser, eventualmente, rompido não se constituindo barreira intransponível. Não obstante as situações em que isso pode ocorrer tenham que ser necessariamente ponderadas, analisando-se detidamente os bens jurídicos em choque e o escopo protetivo da norma.

### 1.3. Natureza dúplice: direito/dever

Reconhecendo-se que o sigilo profissional não busca proteger apenas os interesses daquele que confessou o segredo ao profissional, mas também os interesses da sociedade no bom préstimo de serviços essenciais e na confiabilidade das relações sociais, exsurge uma importante constatação.

Não se trata o sigilo profissional de um simples direito daquele particular confitente, do qual poderia simplesmente abrir mão a qualquer momento e obrigar o profissional confidente a depor. Ora, se a confiança da coletividade também é tutelada pela norma, é dever do profissional resguardar essa confiança, não podendo ser obrigado a romper o sigilo simplesmente pela manifestação de vontade do confitente.<sup>7</sup>

Assente, assim, que o sigilo tem uma inegável natureza dúplice e constitui, além de um direito do particular, um dever do profissional. Certo, portanto, que toda a análise do sigilo profissional deve ser perpassada por tal constatação.

## 2. BREVE ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO

Antes de adentrar na análise do tema do sigilo profissional no Direito brasileiro, faz-se necessária uma abordagem da matéria nos países de matriz jurídica comum, de modo a

---

<sup>7</sup> SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder; BONHO, Luciana Tramontin; TEIXEIRA NETO, João Alves. O médico e o crime de violação de segredo profissional: breve análise doutrinária e jurisprudencial do art. 154 do Código Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 30, p.123, jul./set. 2008.



compreender as diferenças e semelhanças no tratamento da matéria e possibilitar uma análise mais crítica e acurada.

Para tal mister, considerando a relevância dos estudos e as semelhanças nos ordenamentos, serão sucintamente (e sem qualquer pretensão exaustiva) abordadas as disciplinas do sigilo profissional no âmbito da Itália, Espanha e Portugal.

## 2.1. Itália

O ordenamento italiano protege o sigilo profissional em normas de direito penal material e direito processual penal e dá tratamento harmônico e adequado à questão. Destaca-se, desde já, que a congruência entre as normas materiais e processuais parece ser indispensável para um correto tratamento da matéria, a fim de evitar possíveis antinomias que possam conduzir a soluções díspares.

O Código Penal<sup>8</sup> italiano prevê o crime de **revelação de segredo profissional** em seu art. 622<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Instituído pelo Decreto Real n. 1398/1930, com alterações no artigo 622, adiante mencionado, pela Lei n. 262/2005.

<sup>9</sup> Código Penal da Itália. Art. 622 - **Rivelazione di segreto professionale** - *Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocimento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a euro 516. La pena è aggravata se il fatto è commesso da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci o liquidatori o se è commesso da chi svolge la revisione contabile della società. Il delitto è punibile a querela della persona offesa.*

Já o Código de Processo Penal<sup>10</sup> traz em seu art. 200<sup>11</sup> as hipóteses de dispensa do dever de testemunhar, bem como algumas previsões correlatas a essa dispensa, sendo certo que todas essas normas da legislação italiana serão sucintamente analisadas nos parágrafos seguintes.

A norma de direito penal (art. 622 do CP) pune aquele que revela, sem justa causa ou em proveito próprio ou alheio, segredo do qual teve conhecimento em razão de seu estado, ofício, profissão ou arte, sem estabelecer nenhuma espécie de rol taxativo.

Já o art. 200, 1 do CPP, de forma coerente, estabelece aqueles profissionais que podem se negar a prestar depoimento acerca de fatos conhecidos pelo exercício de sua função. Observa-se que, ao contrário da lei penal, a lei processual elenca de forma taxativa as profissões que podem se valer desse sigilo e deixa, entretanto, a possibilidade de a lei instituir outras hipóteses de sigilo.

É possível perceber que a legislação claramente estabelece duas formas distintas de sigilo, uma comum a todos os profissionais que conhecem segredos em virtude de seu ofício e que não podem revelá-los, sob pena de cometimento de crime. Não obstante, a maioria das categorias profissionais pode ser obrigada a depor sobre tais fatos (segredos). Já para algumas profissões específicas, previamente definidas pela lei, há um sigilo qualificado, de forma que não podem ser obrigados a depor sobre esses segredos.

---

<sup>10</sup> Veiculado pelo Decreto do Presidente da República n. 447/1988, que encerrou o longo processo de reforma no Direito Processual Penal Italiano. No que importa para a finalidade do presente trabalho, deve-se mencionar, ainda, a profunda modificação instituída pela Lei n. 397/2000, que tratou de regular a investigação criminal defensiva, alterando especificamente o artigo 200 do CPP, adiante transcrito.

<sup>11</sup> Código de Processo Penal italiano. Art. 200 - **Segreto professionale** - 1. *Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi incui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria:*

a) *i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano;*

b) *gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai;*

c) *i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria;*

d) *gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale .*

2. Il giudice, se ha motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari. Se risulta infondata, ordina che il testimone deponga.

3. Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni.

Considerando a previsão do CPP e a da legislação esparsa, sabe-se que os profissionais abrangidos pelo sigilo qualificado são os seguintes: ministros de confissão religiosa, advogados, procuradores, consultores técnicos, notários, médicos, farmacêutico e demais profissões da área sanitária, consultores de trabalho, encarregados de tratamento de dependentes de tóxicos e peritos comerciais.<sup>12</sup>

Especificamente quanto ao jornalista o CPP prevê (em seu art. 200, 3) o sigilo da fonte de informação, mas admite hipótese de revogação excepcional quando a indicação da fonte é indispensável para a demonstração do fato criminoso. Inegável a constatação de que se trata de sigilo bastante diminuído, de modo que o jornalista parece ocupar, no Direito Italiano, uma categoria profissional intermediária entre aqueles que têm apenas do dever geral de sigilo e os detentores do sigilo qualificado.

O Código prevê, ainda, uma hipótese de o Juiz valorar a veracidade da oposição de sigilo, podendo afastá-la (art. 200, 2). No entanto, não há previsão de um procedimento próprio para esse afastamento, sendo que a definição das hipóteses e requisitos deve ser casuística, tendo grande relevo o papel da doutrina e da jurisprudência nessa definição. Não parece se tratar de uma verdadeira ponderação entre os valores em choque (sigilo e interesse na persecução penal), mas somente da falsidade ou inexistência do sigilo alegado pela testemunha.

---

<sup>12</sup> Diego Fajardo de Souza, **Sigilo...**, op. cit. p 124.

## 2.2. Espanha

Há previsão de proteção ao sigilo profissional na própria Constituição Espanhola de 1978<sup>13</sup>, a qual delega para a lei a definição mais precisa dessas hipóteses. O art. 24, nº 2<sup>14</sup> trata do segredo profissional em geral, já o art. 20, nº 1<sup>15</sup> é específico para o **segredo profissional** relativo à liberdade de pensamento, ideias e opiniões, bem como para a sua comunicação, de modo que a proteção dada ao jornalista pode ser extraída de tal previsão.

Dando cumprimento à imposição constitucional, a legislação da Espanha regulou o sigilo profissional, tanto no Código Penal<sup>16</sup> quanto no Código de Processo Penal<sup>17</sup>. Ocorre que o legislador impôs um verdadeiro conflito entre as normas infraconstitucionais, conforme adiante se demonstrará, sendo esse o traço mais marcante do sigilo no Direito Espanhol.

O CP prevê o crime de revelação de segredo profissional em seu art. 199, nº 2<sup>18</sup> de forma bastante ampla e abrangente, de modo que, aparentemente, não haveria qualquer questionamento acerca da temática.

Nota-se que o Código Penal, ao determinar a obrigação de segredo para os profissionais, não estabelece uma limitação a determinadas categorias, fazendo referência apenas ao

---

<sup>13</sup> A existência dessa previsão no corpo do texto constitucional pode ser explicada pelo momento histórico de surgimento da Constituição de 1978, uma vez que a Espanha vivia um período de transição do regime (autoritário) franquista para uma monarquia constitucional.

<sup>14</sup> Constituição Espanhola. *Artículo 24, nº2 [...] La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

<sup>15</sup> Constituição Espanhola. *Artículo 20, nº1. Se reconocen y protegen los derechos:*

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

<sup>16</sup> Instituído pela Lei Orgânica 10/1995, sem alterações nos artigos que interessam para a finalidade desse estudo.

<sup>17</sup> Aprovado pelo Decreto Real de 14 de setembro de 1882, sem modificações nos artigos que serão citados no presente trabalho.

<sup>18</sup> Art. 199, 2: El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

profissional com dever de sigilo ou reserva. Não há, também, uma diretriz interpretativa para determinar quais são esses profissionais, pois o CP não tem qualquer espécie de rol exemplificativo e tal tarefa fica a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Também não há qualquer elemento normativo como a **justa causa** referida pelo Código Penal italiano, o que apenas demonstra a abrangência da proteção ao sigilo profissional na legislação material espanhola.

No entanto, de forma contraditória, o Código de Processo Penal da Espanha (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*) em seus artigos 262 e 263<sup>19</sup> determina que os profissionais que tenham notícia da ocorrência de crimes comuniquem tal fato às autoridades, isentando desse dever apenas os advogados, procuradores e ministros de confissão religiosa, sem qualquer menção expressa aos profissionais de saúde ou a outros profissionais com dever de sigilo.

Os artigos 416 e 417<sup>20</sup> da lei processual também estabelecem aqueles que estão dispensados de depor em virtude do sigilo profissional. Pela literalidade da lei estariam dispensados apenas os advogados, ministros de cultos religiosos e funcionários públicos. Novamente não há qualquer referência aos demais profissionais com dever de sigilo, sendo ainda mais

---

<sup>19</sup> Art.262: *Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante.*

*Los que no cumpliesen esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente.*

*Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250.*

*Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo.*

*Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes.*

Art. 263: *La obligación impuesta en el párrafo primero del art. anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio.*

<sup>20</sup> Art. 416: *Están dispensados de la obligación de declarar: [...]*

*2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.*

Art. 417: *No podrán ser obligados a declarar como testigos:*

*1.º Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.*

*2.º Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida.*

notável a ausência daqueles da área de saúde.

Não há cláusula aberta ou geral que permita a interpretação extensiva ou o acréscimo mediante outra previsão legal, sendo certo que, a prevalecer a literalidade da lei processual, haveria a obrigação, para a maioria dos profissionais, de depor e de informar caso tenha notícia da ocorrência de algum crime, inclusive aqueles que tem dever de sigilo, com as exceções já referidas.

Dessa breve análise fica bastante patente que a previsão legal espanhola é bastante incongruente e, portanto, insuficiente para a adequada proteção ao sigilo profissional. No entanto, ante a relevância do sigilo para a própria estabilidade das relações sociais, a doutrina realiza um intenso esforço hermenêutico<sup>21</sup> para conseguir adequar as previsões legais aos ditames da Constituição e, principalmente, para atender à legítima expectativa da população de ver seus segredos preservados por aqueles profissionais que devem guardar sigilo.

Apenas com essa interpretação sistemática é que se consegue excluir os profissionais da saúde do âmbito de aplicação das normas do CPP e afastar seu dever de depor e de comunicar crimes. A mesma crítica pode ser feita para outros profissionais que tenham dever de sigilo (com os jornalistas, que não são referenciados pelo CPP), o que apenas corrobora o que se vem afirmando, a legislação processual espanhola não está em conformidade com o Código Penal e, em última análise, contrasta também com a própria Constituição.

A adoção de uma formulação aberta pelo Código Penal de profissionais com dever de sigilo e a existência de um restrito rol taxativo pela lei processual são manifestamente incongruentes. Não havendo a previsão de extensão deste rol, seja por procedimentos interpretativos (cláusula aberta) ou, ainda, através de acréscimos legais, evidentes as dificuldades que os aplicadores do Direito na Espanha enfrentam para a compatibilização dessas regras.

Outra importante crítica à lei processual espanhola é a não previsão de qualquer procedimento específico para verificar a pertinência da alegação de sigilo e a possibilidade de afastá-lo. Muito provavelmente essa ausência se deve ao diminuto rol de profissionais que não estão obrigados a depor, o que demonstra, ainda mais, o tratamento inadequado da matéria pelo Direito espanhol.

---

<sup>21</sup> Diego Fajardo de Souza, **Sigilo...**, op. cit. p. 129.

### 2.3. Portugal

O ordenamento português tem previsão congruente para a proteção ao sigilo, tanto em normas de direito processual, como nas de direito material. O Código Penal<sup>22</sup> de Portugal enuncia em seus artigos 195 e 196<sup>23</sup> o crime de violação e o de aproveitamento de segredo.

Trata-se de previsão ampla, sem especificar as profissões abrangidas, tendo como possibilidade para afastar o crime apenas o consentimento do “titular” do segredo.

O sigilo profissional é tratado de maneira bastante minudente pelo Código de Processo Penal<sup>24</sup> português, sendo certo que o art. 135 é inteiramente dedicado à matéria e tem uma descrição bastante precisa das hipóteses em que não há obrigação de depor. Notável, também, a previsão de um procedimento específico para o afastamento do sigilo. Imprescindível a transcrição dessas previsões para balizar de modo adequado o estudo:

#### Artigo 135: Segredo profissional

1 – Os ministros de religião ou confissão religiosa e os advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos.

2 - Havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento.

3 - O tribunal superior àquele onde o incidente tiver sido suscitado, ou, no caso de o incidente ter sido suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o pleno das secções criminais, pode decidir da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse

---

<sup>22</sup> Estabelecido pelo Decreto-Lei n. 400/1982, com as reformas do Decreto-Lei n. 48/1995.

<sup>23</sup> Art. 195: Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

Art. 196: Quem, sem consentimento, se aproveitar de segredo relativo à actividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia, de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, e provocar deste modo prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

<sup>24</sup> Instituído pelo Decreto-Lei n. 78/1987, com alterações no artigo 135, adiante mencionado, pelo Decreto-Lei n. 317/1995 e Lei n. 48/2007.

preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento.

4 - Nos casos previstos nos n.ºs 2 e 3, a decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável.

5 - O disposto nos n.ºs 3 e 4 não se aplica ao segredo religioso.

Digno de nota, portanto, que o ordenamento português é certamente um dos mais avançados do Direito Continental no trato da matéria e são fartos os estudos doutrinários e as decisões que tratam do tema de modo bastante aprofundado e proveitoso para este estudo comparado.

Analisando-se o dispositivo reproduzido supra, percebe-se que há um rol expresso das profissões que são detentoras de sigilo profissional, não obstante o CPP abra a possibilidade de legislação complementar estabelecer tal protecção para outras categorias profissionais. Vê-se, assim, que a opção legislativa é apenas assegurar o sigilo profissional mediante lei formal.

Não há nenhuma grande inovação ou dificuldade teórica em tal previsão, de modo que o traço mais marcante da legislação portuguesa é, certamente, a previsão de um incidente processual específico para um possível afastamento da alegação de sigilo profissional.

Verifica-se que há a previsão de dois momentos distintos no incidente. O primeiro destinado (previsto no n.º 2) a verificar a “legitimidade da escusa”, já o segundo (n.º 3), se acaso verificada que a escusa é legítima, destina-se a possibilidade de superação da exceção do segredo, mediante a ponderação dos interesses em jogo, caso o depoimento do profissional seja imprescindível para a descoberta da verdade, levando-se em conta, ainda, a gravidade do crime.<sup>25</sup>

A protecção ao sigilo se mostra de tal monta que apenas o Tribunal ao qual o Juiz se encontre vinculado é que pode realizar essa ponderação entre os bens jurídicos em conflito. O Juiz só pode afastar a escusa por ilegitimidade e, mesmo de tal decisão, cabe recurso ao Tribunal. Ressalte-se que, em ambos os momentos do incidente, deve ser ouvido o órgão

---

<sup>25</sup> GONÇALVES, João Luis Rodrigues. Segredo profissional: algumas considerações sobre segredo médico e segredo profissional de advogado. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 19, n. 76, p. 72-73, out./dez. 1998.



profissional representativo da categoria que pode ter seu sigilo quebrado.

Interessante notar, ainda, que apenas a primeira parte do incidente pode ser aplicado ao segredo religioso, ou seja, pode ser verificada a legitimidade da escusa, mas não há possibilidade de se ponderar acerca dos bens jurídicos em conflito. Tal previsão, aparentemente, remonta às tradições do Direito Canônico que não admite a quebra do segredo religioso, sendo uma interessante demonstração do caráter social (ou cultural) do direito probatório.

### **3. ASPECTOS GERAIS DO SIGILO NO BRASIL**

#### **3.1. Previsão constitucional e legal**

Em uma primeira análise, a previsão do sigilo no Direito brasileiro aparenta congruência entre as normas materiais e processuais. Não obstante, antes de trazer tal arcabouço normativo, cumpre destacar que a matéria é tratada também pela Constituição. Sabe-se que o texto constitucional do Brasil, marcando a mudança de um regime autoritário para o regime democrático, é bastante amplo em assegurar os direitos e liberdades individuais, sendo certo que no campo probatório não foi diferente.

Assim sendo, estampados no art. 5º da CF/1988 têm-se as seguintes previsões:

- LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Já no campo da legislação infraconstitucional temos as seguintes previsões:

Art. 207 do CPP: São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 154 do CP: Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Art. 406, II do CPC: A testemunha não é obrigada a depor de fatos: [...]

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

O traço mais notável na legislação brasileira é a ausência de uma norma específica para definir quais são as profissões albergadas pela proteção do sigilo profissional, de modo que essa característica será mais bem explorada em um tópico próprio.

Nota-se que não há qualquer menção a um incidente processual para verificação da legitimidade da escusa do sigilo (como acontece em Portugal e na Itália), nem também nenhuma previsão expressa de uma possível ponderação entre os bens jurídicos em choque (tal qual a portuguesa).

No entanto, ao se analisar atentamente a norma do CP brasileiro, nota-se a presença do elemento normativo da **justa causa** como apto a afastar a tipicidade do crime de revelação de segredo. Com essa previsão ampla, que necessita de valoração e interpretação pelo aplicador da norma, é possível defender que a legislação brasileira admite a ponderação entre os bens jurídicos em choque e reconhece que o sigilo não pode ser uma barreira intransponível para a persecução criminal.

Assim sendo, caso exista um motivo suficientemente forte para vencer a proteção do sigilo profissional, devidamente ponderados os direitos em choque, é possível falar em justa causa para revelação do segredo, de modo que não haveria conduta típica e, indo ainda mais adiante, por meio de uma interpretação sistemática das normas processuais e materiais, também poderia ser vencido o óbice do art. 207 do CPP.

### 3.2. Inexistência de definição legal das profissões amparadas pelo sigilo

Conforme já ressaltado, um traço marcante da legislação brasileira é a ausência de previsão legal das profissões detentoras do sigilo profissional (qualificado). Não há sequer um rol exemplificativo, ficando apenas a cargo do intérprete a definição do escopo de abrangência da norma.

Na esteira do estudo comparado realizado anteriormente, é uma opção bastante distinta de outros países que compartilham da mesma tradição jurídica, nos quais há previsão expressa das categorias profissionais que podem se eximir de prestar depoimento e reduzirem a margem de liberdade do aplicador das leis.

Frisa-se, desde já, que não se considera essa uma má escolha do legislador, pois a expressa taxatividade das profissões também tem suas mazelas.<sup>26</sup> Não obstante, na ausência de um rol ao menos exemplificativo, é de rigor reconhecer que a tarefa é bastante árdua, pois ausente um mínimo de parâmetro interpretativo para orientar as escolhas.

Nessa ausência de regulamentação precisa é importante fixar critérios para definir quais são as profissões amparadas pelo sigilo profissional, de modo a reduzir a margem de discricionariedade do juiz, sob pena de o sistema sofrer com incongruências e decisões divergentes. Deve-se ter em mente que a proteção ao sigilo tem um caráter fortemente político, reduzindo, pois, o potencial epistêmico da investigação criminal. Dessa forma, caso seja adotado um critério muito amplo de proteção ao sigilo profissional, fica prejudicada a possibilidade de se ter uma melhor reconstrução dos fatos postos em juízo, podendo chegar até mesmo ao extremo de inviabilizar tal tarefa.

De outra maneira, caso seja adotado um conceito muito restrito, os bens protegidos pelo sigilo profissional, além da própria estabilidade e confiabilidade das relações sociais ficariam prejudicados, atentando contra uma das funções que justificam a própria existência do direito penal.

---

<sup>26</sup> Como exemplo, pode-se citar o surgimento cada vez mais frequente de novas atividades profissionais que necessitariam da proteção do sigilo profissional, mas que não o detêm por não haver lei em sentido formal com tal garantia.

Por fim, entende-se, na esteira das lições de José Carlos Aquino,<sup>27</sup> que é de pouca relevância a distinção entre **função, ministério, ofício e profissão**, uma vez que a intenção do legislador foi cobrir a maioria das espécies de atividades profissionais que envolvam o conhecimento de segredos dos particulares e conferir margem de interpretação ampla ao intérprete.

Mais relevante, como já dito, é estabelecer um critério confiável e útil para orientar a aplicação da norma aos casos concretos e atentar para os bens jurídicos em conflito e os riscos inerentes a cada escolha.

### 3.3. Proposta crítica: **confidente necessário**

Na esteira da doutrina e jurisprudência francesas<sup>28</sup>, entende-se que o profissional para ser amparado pelo sigilo, deve estar na condição de **confidente necessário** do particular que busca seu serviço. Para um conceito mais exato de quais traços caracterizam o confidente necessário, é preciso o preenchimento de dois requisitos.

Em primeiro lugar, a profissão deve ser indispensável, ou seja, deve haver a necessidade de se socorrer daquela profissão para atingir determinado objetivo ou bem socialmente relevante. Facilmente se constata que estariam amparados pelo sigilo, profissionais como médicos e advogados, ao passo profissões como as de comerciantes e manicures não parecem fazer jus a tal proteção por não serem indispensáveis para a consecução de algum objetivo socialmente relevante.

Acerca desse primeiro requisito, a grande questão que se coloca é se a aferição da indispensabilidade é feita em abstrato ou em concreto. Em outras palavras, se a profissão deve ser considerada indispensável em uma determinada sociedade ou para aquela relação específica entre o profissional e seu cliente.

---

<sup>27</sup> AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 98.

<sup>28</sup> WAREMBOURG-AUQUE, Françoise. **Réflexions sur le secret professionnel**. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, Paris, n. 2, p. 241, abr./jun. 1978

Soa mais razoável que a análise seja feita concretamente, uma vez que alguns profissionais podem ser dispensáveis para determinados indivíduos e indispensáveis para outros, a depender da situação efetiva. Toma-se como exemplo um motorista particular para uma senhora de avançada idade, não habilitada, que conta com os serviços por longos anos; em comparação à situação de um jovem, habilitado, que contrata um motorista para o seu mero conforto, tendo a relação perdurado por apenas alguns dias. O motorista é, portanto, indispensável para a senhora e completamente dispensável para o jovem.

Contudo, a ausência de previsão legal de um incidente processual específico para averiguação da legitimidade da escusa, bem como de sua possível superação no caso concreto, dificultam sobremaneira essa proposta. Sem esse procedimento não se vislumbra seara processual adequada para a discussão da questão, sendo difícil enquadrá-la em qualquer outra fase processual regularmente prevista. Na eventual contradição de testemunha não parece haver espaço para discussão de tal complexidade, sendo a cognição executada nessa fase bastante superficial.

Assim sendo, ainda que não se concorde com tal solução, na ausência de um incidente processual específico para discussão acerca do sigilo, não resta alternativa senão reconhecer que a profissão deva ser reconhecida como indispensável em abstrato, para determinada sociedade.

Além da indispensabilidade da profissão, o segundo requisito para o reconhecimento da situação de confidente necessário é a exigência de que o segredo revelado pelo particular tenha estrita relação ao efetivo exercício da profissão. Dessa maneira, não basta o conhecimento de algum segredo por um profissional indispensável, sendo certo que tal segredo deve estar diretamente relacionado ao desempenho do ofício.

Exemplificativamente, ao revelar para algum médico o cometimento de um delito que nenhuma relação tenha com o tratamento médico buscado, em razão de algum vínculo de amizade ou por qualquer outra razão, este segredo não estará protegido pelo sigilo profissional.

Bastaria, portanto, para o reconhecimento da posição de confidente necessário, haver a revelação de um segredo para um profissional indispensável socialmente, desde que esse segredo esteja efetivamente relacionado ao desempenho da profissão.

Não se vislumbra a necessidade de a profissão estar regulamentada expressamente para

que exista a proteção do sigilo, até mesmo porque a própria legislação assim não o exigiu. A existência de normas deontológicas específicas também não parece ser requisito indispensável, conquanto se acaso existentes e prevendo o dever de sigilo, apenas reforcem tal garantia.

Em síntese, havendo a indispensabilidade da profissão para atingir determinado bem socialmente relevante e que, para tanto, deva o profissional conhecer os segredos dos particulares estará na posição de confidente necessário. Apenas os segredos conhecidos nessa posição é que estão abarcados pelo sigilo profissional.

Estabelecidas as premissas, passa-se a analisar a situação específica de algumas profissões a luz do direito brasileiro.

## 4. CASUÍSTICA

### 4.1. Advogado e Defensor Público

Será feita uma análise conjunta acerca da categoria dos advogados (privados e públicos), bem como dos defensores públicos, uma vez que, apesar das notáveis diferenças de regime, as razões ontológicas que levam à necessidade de sigilo profissional no exercício dessas profissões são as mesmas.

Evidente a posição de confidente necessário do advogado e do defensor público, sendo um caso praticamente unânime em todos os ordenamentos consultados e que serve quase sempre, de exemplo daqueles profissionais que tem o direito/dever de sigilo profissional. O sigilo abarca todas as informações recebidas pelo profissional no exercício de seu ofício e inclui as atividades de mero assessoramento ou de consultoria jurídica.<sup>29</sup>

O sigilo profissional desse profissional jurídico, que lhe faculta recusar-se a quebrá-lo e

---

<sup>29</sup> CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **Responsabilidad penal de los profesionales jurídicos**: los límites entre la práctica legal y notarial lícita y la participación criminal. Montevideo: La Ley, 2010. p.155-156.

a proteger a inviolabilidade do seu escritório, está diretamente ligado à independência moral, intelectual, política e material que lhe é assegurada na defesa de seus clientes/assistidos. Dentre as prerrogativas profissionais, a guarda do sigilo e a imunização a qualquer ingerência ou interferência, na atuação profissional, compõem a sustentação básica para o cumprimento do seu ministério.

O marco normativo acerca do sigilo desses profissionais é bastante amplo. Assim, sabe-se que é direito do advogado (art. 7.º, XIX, do Estatuto do Advogado):

Recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.

Já o Código de Ética e Disciplina da OAB qualifica o sigilo profissional como **dever**, impondo ao advogado seu respeito conforme artigos 25 e 26, vejamos:

Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.  
Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Ressalte-se, ainda, que não poderia ser outro o tratamento dada à importância e a função social jungidas ao ofício. Indispensável para a manutenção da paz social que os ofícios desses profissionais jurídicos sejam garantidos pelo sigilo profissional, uma vez que sem tal segurança, seria muito dificultosa a relação entre o particular e o profissional, sendo maculada de forma definitiva a essencial confiança que deve existir nessa relação.

Como já visto, a garantia do sigilo não engloba apenas o dever de depor, mas alberga a inviolabilidade do local de trabalho e dos instrumentos de trabalho (computadores, *notebooks*, telefones celulares, anotações, etc.), uma vez que se esses pudessem ser devassados, certamente estaria comprometido o segredo confiado pelo particular.

Acerca do defensor público, importante consignar que apesar de os pedidos de assistência

jurídica serem formalizados em procedimentos (físicos ou virtuais), não há qualquer traço de publicidade nessa forma de registro, ou seja, o acesso aos dados constantes desses procedimentos é exclusivo às partes envolvidas (assistido e defensor público).

É defeso, assim, que autoridade judicial ou administrativa tenha acesso a esses dados, pois estão protegidos pela garantia do sigilo profissional. Ademais, terceiros também não podem ter vista de tais procedimentos, exceto na hipótese de estarem devidamente autorizados pelo assistido.

Outra situação peculiar à Defensoria Pública ocorre quando este Órgão assiste particulares com interesses contrapostos, exemplificativamente, autor e réu numa ação de investigação de paternidade ou corréus com versões conflitantes na seara penal. Em casos dessa natureza, é essencial que apenas o defensor natural (e seu eventual substituto) tenha acesso aos dados constantes do procedimento de assistência, uma vez que a revelação de algum segredo ao defensor natural da parte adversa pode ocasionar sérios prejuízos para a defesa dos interesses do assistido. Trata-se de um verdadeiro sigilo profissional existente entre os membros da própria instituição, o qual deve ser rigorosamente observado e a Defensoria Pública deve viabilizar instrumentos técnicos para isso.

#### **4.2. Jornalista**

Como já visto, a proteção ao sigilo do jornalista está na própria Constituição Federal (art. 5º, XIV), sendo inegável, portanto, o alcance de tal previsão. Assim sendo, desde logo, frise-se que o âmbito de proteção ao jornalista inclui não só a imprensa tradicional escrita, mas também outras modalidades, como rádio, *internet*, televisão, etc.

Evidente, também, que deve ser incluído nesta proteção apenas o jornalista profissional, ainda que não se exija formação específica para o exercício da profissão, só pode ser considerado jornalista aquele que exerça habitualmente a profissão, como meio de sua subsistência.

Exclui-se, portanto, do âmbito de proteção do sigilo profissional eventuais *blogs* pessoais, não informativos e postagens em redes sociais, por não caracterizarem o efetivo exercício



da profissão de jornalista, mas mera manifestação livre do pensamento, essencialmente diferente da situação que a Constituição buscou tutelar com a proteção ao jornalista.

Para evitar burlas à garantia, a proteção de sigilo se estende aos diretores e executivos das empresas de comunicação, ainda que não exerçam a função de jornalistas. Evidente que se os diretores pudessem ser obrigados a revelar as fontes dos jornalistas, a garantia constitucional restaria maculada.

É certo, ainda, que as fontes de informação não são apenas as pessoas, mas também qualquer documento, acontecimento ou coisa, bem como seu respectivo suporte (registro, anotação, gravação etc).<sup>30</sup>

Nessa mesma linha de se evitar procedimentos espúrios para violação da garantia do sigilo, não pode ser exigido dos jornalistas o acesso ao denominado **material bruto** das reportagens, ou seja, aqueles excertos que não foram divulgados ao público, caso de alguma maneira essas gravações impliquem na revelação da fonte.

Feitas essas considerações, indispensável consignar que o sigilo do jornalista tem, na realidade, o sentido exatamente oposto daquilo que vinha sendo tratado até o presente momento para os outros profissionais. Nas demais profissões, conhece-se a fonte do segredo (normalmente o acusado ou uma testemunha), mas não se conhece a informação (segredo). Já no caso dos jornalistas há o conhecimento da informação (segredo), mas não se conhece a fonte.

Isso ocorre porque a missão do jornalista é buscar informações, revelar segredos, enfim, um verdadeiro papel investigatório e, em última análise, fiscalizatório da sociedade. A imprensa livre é uma das maiores garantias de um regime verdadeiramente democrático, pois permite revelar diversos segredos para a sociedade e viabiliza um controle das atividades governamentais e sociais.<sup>31</sup>

Assim sendo, ao contrário das outras profissões que buscam guardar segredos e não revelar tais fatos a ninguém, a própria razão de ser do jornalista é a revelação, a ausência de segredo, de modo que soa até mesmo contraditório incluir o jornalista na análise do sigilo

---

<sup>30</sup> SANTIAGO, Rodrigo. **Jornalistas e segredo profissional**. Sub Judge: Justiça e sociedade, Coimbra, 15/16, p.149, jun./dez. 1999.

<sup>31</sup> FRIGOLLA VALLINA, Joaquín; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco. **La cláusula de secreto profesional en el Código Penal de 1995**. Actualidad Penal, Madrid, v. 1, 1/26, p.422, semanal. 1996.

profissional.<sup>32</sup>

No entanto, ocorre que muitas vezes as fontes das informações dos jornalistas necessitam de proteção de sua identidade, sob pena de não mais revelarem os segredos, ou, ainda, até serem ameaçados em sua integridade física.

Exemplificativamente, tome-se o caso de denúncias contra regimes autoritários, com severas violações aos direitos humanos (infelizmente ainda comuns nos dias de hoje), de modo que se as fontes dos jornalistas fossem reveladas, certamente teriam severo risco de vida. E sem essas fontes, dispostas a divulgar os fatos, o próprio conhecimento deles pela sociedade estaria prejudicado.<sup>33</sup>

Além desse aspecto protetivo à integridade física das fontes, o sigilo tem nítido caráter de estímulo à circulação das informações e diminuir o receio de perseguições e retaliações em virtude das revelações feitas pelo particular ao jornalista.

Dessa maneira, o correto é falar, quanto aos jornalistas, em sigilo das fontes de informação, como bem faz a legislação portuguesa, sendo conceitualmente incorreto tratar de sigilo profissional do jornalista, pois o dever deste é revelar e não encobrir<sup>34</sup>.

O sigilo do jornalista foge, portanto, da maioria dos conceitos e premissas já estabelecidos anteriormente. Não se vislumbra a existência da posição de confidente necessário, uma vez que a pessoa que revela o fato ao jornalista não tem qualquer relação de confiança no resguardo da informação, mas intenta, por óbvio, a sua divulgação.

Trata-se, assim, de uma categoria completamente distinta de sigilo, cujo fundamento é a liberdade de imprensa, de modo que deve ser encarada como uma garantia institucional e não pessoal, ao contrário do que ocorre no restante das profissões. Não se fundando numa relação de confiança, o sigilo das fontes tem verdadeira natureza de direito, de modo que não se enquadra, também, na natureza dúplice de direito/dever inerente às demais modalidades de sigilo.

---

<sup>32</sup> SANTIAGO, Rodrigo. **Jornalistas...** *op. cit.* p. 148.

<sup>33</sup> ARBOUR, Louise. O equilíbrio justo entre publicidade, direito à vida, segredo profissional e busca por justiça. **Cidadania e justiça**: revista da associação dos magistrados brasileiros, Rio de Janeiro, v. 4, n. 9, p.181-186, 2º sem. 2000.

<sup>34</sup> SANTIAGO, Rodrigo. **Jornalistas...** *op. cit.* p. 148

### 4.3. Contador

Situação ainda pouco discutida no âmbito doutrinário é a do contador, não se tendo localizado qualquer citação mais detalhada a essa profissão específica na pesquisa realizada, de modo que inexistem, assim, quaisquer referências a serem feitas.

Ocorre que a temática ganhou importância recentemente, devido ao fato de que diversas informações fornecidas para as investigações policiais de midiática operação da Polícia Federal<sup>35</sup> foram dadas por uma contadora.

A profissão de contador, em especial no Brasil, com seu quase indecifrável sistema tributário, parece se encaixar perfeitamente no conceito de confidente necessário. A atividade se afigura amplamente indispensável para o exercício de atividades empresariais, sendo despiciendo qualquer esforço argumentativo para demonstrar essa situação.

Dessa feita, a atividade é relevante socialmente e indispensável para que os particulares alcancem determinados objetivos sociais (regularidade nos recolhimentos tributários, por exemplo). No efetivo exercício da atividade de contador, muitas vezes, os profissionais conhecerão segredos de seus clientes, em especial no tocante aos delitos societários cometidos sem a sua participação.<sup>36</sup>

Ante o até agora exposto, fica evidente que o contador está certamente inserido no conceito de confidente necessário e faz jus, portanto, à proteção das normas processuais que o impedem de depor sobre segredos profissionais. Não obstante, passa-se a analisar as regras existentes acerca da profissão de contador.

A atividade de contador encontra-se regulamentada pelo Decreto-Lei nº 9.295/1946, com as alterações dadas pela Lei nº 12.249/2010, sendo certo que isso não exerce, como já visto, influência na existência do sigilo profissional. Na legislação posta não se observa qualquer referência à existência de sigilo. Já no Código de Ética Profissional do Contador

---

<sup>35</sup> Operação Lava Jato, sendo muitas informações passadas pela contadora Meire Poza, conforme amplamente noticiado pela imprensa nacional.

<sup>36</sup> Nos delitos cometidos com o auxílio do próprio contador, este deixará a condição de testemunha e passará a ocupar a de sujeito processual, não havendo, portanto, dever de colaboração com as investigações, nem de sigilo para com os outros investigados. Essa situação será especificamente abordada infra.

(CEPC), estabelecido pela Resolução CFC nº 803/1996, encontra-se o seguinte:

Direitos:

II – guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito, inclusive no âmbito do serviço público, ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes, entre estas os Conselhos Regionais de Contabilidade;

VI – renunciar às funções que exerce, logo que se positive falta de confiança por parte do cliente ou empregador, a quem deverá notificar com trinta dias de antecedência, zelando, contudo, para que os interesses dos mesmos não sejam prejudicados, evitando declarações públicas sobre os motivos da renúncia;

Vedações:

XV – revelar negociação confidencializada pelo cliente ou empregador para acordo ou transação que, comprovadamente, tenha tido conhecimento;

XVI – emitir referência que identifique o cliente ou empregador, com quebra de sigilo profissional, em publicação em que haja menção a trabalho que tenha realizado ou orientado, salvo quando autorizado por eles;

Pela redação dessas normas deontológicas fica claro que a cláusula de sigilo é bastante restrita, uma vez que o CEPC admite a revelação do segredo em ressalvas previstas na lei, bem como por mera solicitação de **autoridade competente** e inclui os Conselhos Regionais de Contabilidade.

A proteção das normas deontológicas não dá tratamento adequado ao tema, mas isso não é empecilho para o reconhecimento do sigilo profissional, como já ressaltado anteriormente. Na realidade, para que o contador possa bem desempenhar sua função e, até mesmo, para reparar práticas anteriores indevidas, deve conhecer a fundo toda a movimentação da empresa, sendo necessária a revelação de segredos por parte do cliente.

Assim sendo, a quase negativa ao sigilo profissional pelo CEPC não contribui para a estabilidade das relações sociais, nem para a confiabilidade da profissão, de modo a frustrar a legítima expectativa do particular que contrata os serviços do contador.

Não se afigura razoável, portanto, anuir com as normas éticas do Conselho Federal de Contabilidade, sendo certo que a profissão está abrangida pela ampla proteção conferida pelos artigos 154 do Código Penal e 207 do Código de Processo Penal, mesmo na ausência de norma legal ou deontológica específica neste sentido.

Dessa forma, o contador ao assumir a posição de confidente necessário, não poderá revelar os segredos que lhe foram confiados no exercício de seu mister e não pode ser, portanto, obrigado a testemunhar sobre tais fatos.

Ressalva-se, evidentemente, a possibilidade de o contador estar na condição de investigado ou acusado, quando deixará de ter o dever de sigilo e passa ter interesse na sua defesa pessoal enquanto sujeito processual. Caso o contador seja acusado e revele um segredo profissional para buscar sua inocência ou, até mesmo, para se beneficiar de uma colaboração premiada, estaria albergado, no mínimo, por uma excludente de culpabilidade<sup>37</sup> e, nessa situação, não existe sigilo.

Com a crescente repressão aos crimes societários (em especial o delito de lavagem de capitais), cada vez mais a discussão a respeito do sigilo inerente à profissão de contador ganhará relevo, sendo recomendável que a doutrina se debruce, desde já, sobre o tema, sendo este, também, um dos escopos do presente trabalho.

## 5. CONCLUSÃO

Da análise do controvertido tema do sigilo profissional no âmbito do processo penal pode-se concluir que essa imposição de reserva caracteriza, sem dúvida, uma limitação à potencial reconstrução histórica dos fatos estabelecida por razões políticas (ou seja, não epistêmicas). Busca-se a proteção da intimidade daquele que revela um segredo a um determinado profissional, bem como a confiabilidade e estabilidade nas relações sociais decorrentes do exercício de certas atividades profissionais relevantes. Diante dos bens protegidos pelo sigilo exsurge a constatação de que se trata de um instituto com natureza dúplice: direito do particular e dever do profissional.

Digno de nota, ainda, é a distinção entre segredo e sigilo, sendo certo que segredo é o dado da realidade que deve ser protegido, enquanto sigilo é a forma de proteção desse segredo, tendo, portanto, caráter instrumental. Extrai-se dessa conceituação a preferência pela locução **sigilo profissional** (ao invés de **segredo profissional**).

---

<sup>37</sup> Na realidade, como a previsão do art. 154 do CP menciona a ausência de justa causa para a revelação do segredo como elementar típica, mais acertado falar em atipicidade da conduta.

Constata-se que nos países de matriz jurídica comum à brasileira (Itália, Espanha e Portugal) o sigilo profissional é tratado de maneira díspar. A legislação espanhola é a mais problemática, pois há um verdadeiro conflito entre as normas da Constituição e do Código Penal frente ao disposto no Código de Processo Penal.

No entanto, percebe-se que em todos estes países existe um rol taxativo (instituído por lei formal) das profissões que podem opor o sigilo profissional ao Juízo penal. Traço marcante da legislação portuguesa é a existência de um incidente específico e bem delineado para o afastamento do sigilo (seja por sua ilegitimidade ou, ainda, através de uma ponderação dos interesses em jogo).

No Brasil o sigilo tem previsão na Constituição, no Código Penal e no Código de Processo Penal. Ocorre que, ao contrário dos demais países estudados, não há um rol taxativo ou, ao menos, exemplificativo das profissões que podem opor esse dever de reserva ao Juízo, o que causa dificuldades de ordem prática nessa definição. Não há, também, previsão de nenhum incidente processual específico para afastar o sigilo.

Para superar essa lacuna legislativa recorre-se ao conceito de confidente necessário, a fim de definir quais são as profissões abarcadas pelo sigilo profissional. Caso haja a indispensabilidade da profissão para atingir determinado bem socialmente relevante e que, para tanto, o profissional deva conhecer os segredos dos particulares restará configurada a posição de confidente necessário.

Na análise casuística de algumas profissões, constatou-se que o advogado e o defensor público estão protegidos pelo sigilo profissional, uma vez que as razões para a proteção a essas categorias são exatamente as mesmas. Digno de nota que essa limitação engloba, além do dever de depor, a inviolabilidade do local e dos instrumentos de trabalho. Especificamente quanto ao defensor público, deve-se reconhecer a proteção do sigilo para os procedimentos internos que veiculam as pretensões dos assistidos, sendo inviável o seu acesso por qualquer pessoa estranha à relação profissional (inclusive autoridades públicas).

Acerca do jornalista, verificou-se que a proteção é conferida apenas àqueles que exercem a atividade de maneira profissional e não se exige qualquer formação específica para isso. Estende-se a proteção aos diretores e executivos das empresas de comunicação, bem como ao material bruto produzido pelas equipes jornalísticas. Importante frisar que o jornalista está protegido, na verdade, pelo sigilo da fonte de informação, uma vez que sua missão é justamente revelar os segredos que lhe foram confiados, de forma que constitui uma

categoria diferenciada das demais profissões.

Analisou-se, ainda, a situação do contador, a qual não é usualmente tratada pela doutrina. Chegou-se a conclusão de que este profissional preenche os requisitos para ser considerado confidente necessário e é, portanto, protegido pelo sigilo profissional. Asseverou-se, também, a incoerência das normas deontológicas da profissão, pois mitigam de sobremaneira o sigilo profissional e contrastam com a previsão mais ampla das normas do CP e do CPP.

Ante todo o exposto, fica evidente a importância do tema ora tratado, ainda mais ao se considerar a crescente complexidade da sociedade, bem como a apuração cada vez mais dificultosa de alguns delitos, o que propicia o surgimento de situações limítrofes. Além disso, resente-se a legislação brasileira de um rol (ao menos exemplificativo) das profissões abarcadas pelo sigilo profissional e de um incidente processual para afastamento desse sigilo, de modo a conferir contornos mais precisos ao instituto.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 319 p. ISBN 85-02-01692-X.

ARBOUR, Louise. O equilíbrio justo entre publicidade, direito à vida, segredo profissional e busca por justiça. **Cidadania e justiça**: revista da associação dos magistrados brasileiros, Rio de Janeiro, v. 4, n. 9, p.181-186, 2º sem. 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El secreto profesional en el proyecto de código penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 33, n. 3, p.595-610, set./dez. 1980.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **Responsabilidad penal de los profesionales jurídicos**: los límites entre la práctica legal y notarial lícita y la participación criminal. Montevideo: La Ley, 2010. 358 p., 22 cm. ISBN 978-9974-691-19-3.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. O sigilo profissional e a requisição judicial do prontuário médico. In: ZIMERMAN, David (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010. ISBN 978-85-7625-207-8. p. 205-211.

DAMASKA, Mirjan. **Evidentiary barriers do conviction and two models of criminal procedure**: a comparative study. University of Pensilvania law review, 1973.

FRIGOLLA VALLINA, Joaquín; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco. **La clausula de secreto profesional en el Código Penal de 1995**. Actualidad Penal, Madrid, v. 1, 1/26, p.421-431, semanal. 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo, RT, 1997

GONÇALVES, João Luis Rodrigues. Segredo profissional: algumas considerações sobre segredo médico e segredo profissional de advogado. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 19, n. 76, p.67-81, out./dez. 1998.

SANTIAGO, Rodrigo. Jornalistas e segredo profissional. **Sub Judge**: Justiça e sociedade, Coimbra, 15/16, p.147-152, jun./dez. 1999.

SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. **Sigilo profissional e prova penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 73, p.107-155, jul./ago. 2008.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder; BONHO, Luciana Tramontin; TEIXEIRA NETO, João Alves. O médico e o crime de violação de segredo profissional: breve análise doutrinária e jurisprudencial do art. 154 do Código Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 30, p.121-135, jul./set. 2008.

SUCAR, Germán; RODRÍGUEZ, Jorge L; IGLESIAS, Agustín María. Violación de secretos y obligación de renunciar: un dilema ficticio: un comentario crítico al fallo Zambrana Daza. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 4, 8B, p.191-296, 1998.

WAREMBOURG-AUQUE, Françoise. Réflexions sur le secret professionnel. **Revue de Science Criminelle** et de Droit Pénal Comparé, Paris, n. 2, p.237-256, abr./jun. 1978.





# O CONTROLE DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

*Feliciano de Carvalho*

*THE CONTROL OF SUBSTANCIAL  
DEMOCRACY*



# O CONTROLE DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

*THE CONTROL OF SUBSTANCIAL DEMOCRACY*

*Feliciano de Carvalho*

*(Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Empresarial. Defensor Público Federal).*

## RESUMO

O artigo terá por objeto demonstrar que a democracia tem elementos substanciais correspondentes às disposições constitucionais que preveem enunciados normativos promotores do regime democrático. A simples adoção da regra da maioria, apesar de ser um critério válido, não é suficiente, pois poderá ser indevidamente utilizado em prejuízo da própria democracia. Assim, nem tudo estará apto de ser deliberado pela maioria. A pesquisa é bibliográfica com finalidade aplicada e pura dos resultados. Ao final, é defendido que cabe ao Poder Judiciário pelo controle de constitucionalidade democrático resguardar a democracia prevista na constituição, com a possibilidade constante de mutação dos elementos materiais da democracia que devem ser agregados desde que seja para ampliar o regime democrático em favor da sociedade vista no aspecto da consagração de direitos universais.

**Palavras-chave:** Democracia. Substância. Controle.

## ABSTRACT

The article object will demonstrate that democracy has substantial elements corresponding to the constitutional provisions that provide law rules promoters of democracy. The simple adoption of majority rule, despite being a valid criterion is not sufficient, because it could be misused to the detriment of democracy itself. Thus, not all will be able to be resolved by the majority. The bibliographic research aims applied and pure results. At the end, it is argued that it is up to the courts by judicial review democratic safeguard

democracy envisaged in the constitution, also is possible the changing of the material elements of democracy that should be added if it is to expand the democratic regime in favor of society in view aspect of the consecration of universal rights.

**Keywords:** Democracy. Substance. Control.

Data de submissão: 10/09/2014.

Data de aceitação: 13/05/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A DEMOCRACIA COMO MÉTODO. 3 A DEMOCRACIA COMO SUBSTÂNCIA. 4 É POSSÍVEL LIMITAR A DEMOCRACIA? 4 O CONTROLE SUBSTANCIAL DA DEMOCRACIA. 5 CONCLUSÃO.

### 1. INTRODUÇÃO

É fácil utilizar o adjetivo **democrático** para qualificar as ideias que se entendam corretas, notadamente quando tais pensamentos são frutos de nossa autoria ou se adequam à corrente ideológica perfilada. Outrossim, sem maiores entraves, imputa-se de antidemocrático qualquer modo de agir ou viver que não se coaduna com aquilo que empiricamente se entende como o **correto**. Por sua vez, ao contrário das situações anteriores, árdua é a tarefa de definir o que realmente significa **democracia**.

A etimologia do termo – cunhada pelos gregos da antiguidade – de **poder do povo**, não presta para se compreender a dimensão e profundidade do que se deve entender por democracia. Sim, nestas linhas introdutórias já é possível adiantar que a democracia **deve ser** algo. Por ser um elemento fundamental para se estudar a ciência do direito, que é uma ciência ética – e por isso prescritiva – por excelência, a qualidade do que é democrático, assim como a qualidade do que é jurídico não foi descoberto pela humanidade em uma mina no subsolo ou no cume de uma alta montanha. Como efeito, as ciências humanas não estão na natureza para serem observadas; nesse sentido, a democracia não está para

ser colhida de nenhuma árvore ou mesmo garimpada como uma pedra de diamante. É fruto da lapidação do pensamento humano estando em constante evolução, sendo esta constatação eminentemente extraída da experiência e da cultura, eis que a humanidade está em ininterrupto progresso, da mesma forma as suas criações intelectuais.

A democracia, por outro lado, não deve significar simploriamente a vontade da maioria, pois isso seria reduzi-la a apenas um método. Diante de tal quadro, o artigo irá abordar sobre o significado da qualidade **democrática** como método e substância, ou se ainda se preferir outra classificação, como forma e como matéria. Após este confronto, será objeto de debate as pretensões de limitar e controlar a democracia, notadamente se tal desiderato é factível.

A metodologia de abordagem da temática proposta é bibliográfica com dimensão pura e aplicada quanto ao resultado, no intuito de promover a reflexão sobre característica tão cara à ciência política atual e à teoria do estado. O que denota evidente importância para a ciência jurídica, porquanto o ordenamento sempre irá refletir aquilo que movimenta o aparelho estatal que, na hipótese, poderá ter um viés democrático ou não.

Pretende-se enfrentar a tarefa apontada como árdua no primeiro parágrafo desta introdução, qual seja, definir o que é **democracia**. A importância de tal finalidade decorre da necessidade de se evitar a banalização do termo, conforme já adiantado, porquanto só assim é possível defender a democracia e separar os Estados e as ordens jurídicas que assim podem se adjetivar.

## 2. A DEMOCRACIA COMO MÉTODO

A democracia não é simplesmente um método, pois tal concepção amesquinhará de modo danoso a teoria da democracia. Não se pode dizer que tudo que obedece a certa forma poderá ser qualificado como **democrático**, independente do que represente ou promova. Entretanto, não se pode olvidar que cientificamente é preciso de um *modus operandi* pré-definido para se testar qualquer estudo científico. As teorias não são aleatórias, pois se assim fossem poderiam chegar a resultados sempre variados, posto que tenham o mesmo propósito.

Por se tratar de uma ciência humana, já se pontua que a democracia, como elemento estruturante da formação social e por consequência jurígena, é fruto do incessante diálogo das pessoas que a todo instante renovam as sociedades e as suas filosofias. Trata-se da concepção dialética do direito que a tudo se aplica à democracia, pois esta é inserta naquele. Na observação de Marques Neto:<sup>1</sup>

A dialética estuda o Direito dentro do processo histórico em que ele surge e se transforma, e não a partir de concepções metafísicas formuladas *a priori*. Assim, o que lhe interessa é um direito real, concreto, histórico, visceralmente comprometido com as condições efetivas de espaço-tempo social, que constituem a medida por excelência de sua eficácia; e não um direito estático, conservador, reacionário, voltado para o passado, óbice ao invés de propulsor do desenvolvimento social, que prefira enclausurar-se em seus próprios dogmas a abrir-se a uma crítica fecunda que o renove e lhe dê vida.

As ciências humanas estão em constante mutação. Assim, a democracia do século XXI é distinta daquela do século IV a.C., como difere da idade média e da moderna, mas tal não quer dizer que se possa num mesmo momento temporal defender a existência de várias democracias para cada gosto, para cada ideologia estatal ou algo do gênero. Petrificar a ideia **democrata**, impedindo-a do aprimoramento, é o mesmo que privar a humanidade de incrementar o seu bem-estar, o que é evidentemente absurdo, haja vista que se dogmatizaria uma criação humana pretérita (a ideia de democracia), vinculando-se as gerações futuras que, certamente, podem pensar e filosofar mais ou tão bem quanto seus antecessores. Nesse instante, defende-se que a democracia pode e deve se modificar, a questão que será abordada mais ao final consiste em responder se ela pode se modificar para qualquer coisa.

A democracia vista como método encontrou os seus primeiros registros históricos em Atenas, Cidade-Estado grega, séculos antes da era cristã. Naquele momento, essa forma de organização social se caracterizava por simplesmente representar o interesse da maioria. Tratava-se de um cálculo matemático dos mais simples, pois a manifestação de Poder de Atenas decorria não da vontade de um líder ou estamento, mas da numérica maioria dos cidadãos atenienses, especificamente os homens que efetivamente podiam ostentar a estirpe cidadã na referida cidade grega.

No quadro ateniense da antiguidade, o Estado era governado literalmente por quem era considerado **povo** – não se pode olvidar as restrições em relação às mulheres e aos

---

<sup>1</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**, 2001, p. 131-132.

estrangeiros, inclusive por descendência distante – de modo direto. Nesse sentido, salientando a exclusão na democracia ateniense, escreve Goyard-Fabre:<sup>2</sup>

Ademais, a democracia de que Atenas forneceu a primeira forma ao Ocidente não significava que “todos” governam, mas que “todos os cidadãos” participam do governo. A amplitude da democracia era portanto limitada, pois o povo (*demos*) saudado como soberano não se confundia com toda a população (*plêthos*) da Cidade-Estado: só eram elevados em consideração os “cidadãos”, o que excluía não só os escravos, que excediam em número os homens livres, mas também as mulheres, consideradas inferiores, e os metecos, que eram estrangeiros domiciliados em Atenas. (Destaques originais)

Na democracia de Atenas, os governantes e os governados praticamente se confundiam. Anota Held (1987, p. 17):

As distinções peculiarmente modernas que começaram a emergir com Niccolò Machiavelli (1469-1527) e Thomas Hobbes (1588-1679) entre Estado e sociedade, servidores públicos especializados e cidadãos, o “povo” e o governo, não são parte da filosofia política da cidade-estado ateniense. Pois esta cidade-estado celebrava a noção de um corpo de cidadãos ativos, envolvidos no processo de auto-governo; os governadores deveriam ser os governados. Todos os cidadãos se reuniam para debater, decidir e promulgar a lei. O princípio do governo era o princípio de uma forma de vida: a *participação direta*. (Aspas e itálico original)

Como se observa, vigeu na antiguidade uma forma de organização social que valorizava tanto a importância de cada cidadão, que entregou aos mesmos a sorte do próprio Estado, característica que não está presente em uma pluralidade de países do século XXI depois de Cristo. Os países da atualidade que mais se assemelham à concepção democrática ateniense são governados por uma representação indireta da vontade popular que elege os governantes e legisladores, sem prejuízo de pontuais e pouco utilizados processos de participação direta, como o plebiscito, referendo, iniciativa popular de lei e julgamento pelo júri popular, exemplos extraídos da Constituição Federal brasileira de 1988 no Art. 14 e Art. 5º, XXXVIII, respectivamente.

A democracia de Atenas representou o rascunho do que hoje se entende como o mais adequado sistema de organização do Estado. Tal como ocorria na referida cidade-estado

---

<sup>2</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução de Claudia Berliner, 2003, p. 20.



grega, muitas decisões de somenos importância, como o local no qual uma família passará as férias, ou o restaurante escolhido para se comemorar um grande evento, são escolhidos pelo método democrático por seus interessados e assim basta contar a vontade da maioria.

Também não é diferente o modo como se promulgam as leis no Brasil, a título de exemplo, bem como nos outros países que se intitulam democráticos. A lei é aprovada ou não conforme a posição da maioria dos legisladores, com possibilidade de quórum de aprovação qualificado para certas matérias conforme os textos constitucionais respectivos. É de se observar que o estabelecimento de determinado quórum qualificado para a aprovação de certos atos normativos, demonstra que a democracia não se contenta com a simples maioria. De fato, em muitos casos, ainda que a maioria seja favorável à promulgação de determinada norma de aprovação por quórum qualificado, se este parâmetro não estiver presente não se ensejará a aprovação, posto que seja por esta a posição da maioria dos presentes. Da mesma forma ocorre com certas decisões de órgãos jurisdicionais colegiados. A título de exemplo, o quórum de aprovação de 3/5 dos membros de cada casa legislativa federal para se aprovar uma emenda à Constituição Federal brasileira de 1988; e a necessidade de maioria absoluta dos votos dos membros do plenário ou do órgão especial para se declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo ou lei por um tribunal, conforme o Art. 60 e Art. 97 também da Constituição Federal brasileira de 1988.

Como método, a democracia ateniense e que atualmente hoje é replicada significa simplesmente a vontade da maioria. Este, por sinal, é o cerne da questão deste trabalho: para ser democrático, é preciso se curvar à maioria? Esta indagação foi filosofada na Grécia antiga mesmo, tendo Platão, e depois Aristóteles, atacado o método democrático de governo. De acordo com Goyard-Fabre:<sup>3</sup> “Platão, depois Aristóteles, criticaram-na severamente denunciando a cegueira do povo no tocante aos assuntos públicos e a tendência anárquica de um regime em que, como todos têm a pretensão de comandar, ninguém obedece”.

O rancor dos filósofos da Academia e de Perípatos, respectivamente, em relação ao regime de governo ateniense não decorre somente do fato do notável precursor da filosofia grega, Mestre de Platão, Sócrates, ter sido **democraticamente** condenado à morte.<sup>4</sup> Com efeito,

---

<sup>3</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução de Cláudia Berliner, 2003, p. 11.

<sup>4</sup> FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran, 1988, p. 146.

racionalmente, não se pode olvidar que a turba pode cometer erros e, mais que isso, muitos vezes não age com a razão, mas pelo calor de um momento, ou sem conhecimento técnico sobre assunto que deva decidir.

Platão proporia não o governo do povo, mas sim o governo dos mais sábios, consoante relata Goyard-Fabre:<sup>5</sup>

É verdade que Platão sempre disse que nenhuma Cidade-Estado terrestre pode e nunca poderá ser identificada à República perfeita. Mas admite que aquela que mais se aproximar da Constituição ideal será a melhor que os homens poderão alcançar: na Callipolis, ela será o governo dos mais sábios – o dos filósofos-reis, em que poder e sabedoria compõem uma unidade – que, às vezes, Platão chama de *aristokratya*. (Itálico original)

Todavia, não se pode olvidar que a crítica filosófica ao regime democrático parte de uma premissa que de fato a autoriza. Realmente, parte da ideia de que a democracia se caracteriza apenas pela adoção de um método nas tomadas de decisão que dizem respeito ao Estado. Não cabe discutir neste artigo se uma democracia exclusivamente metódica é preferível a uma aristocracia de sábios, porquanto o trabalho parte de uma premissa diversa, qual seja, a de que o regime democrático não se resume somente ao modo de se tomar decisões aplicando-se a regra da maioria. A base do estudo não concebe que **democrático** seja a regra da maioria. De fato, entende que esta se trata de um elemento, mas que devem ser conjugados com outros elementos essenciais. A crítica de Platão também aqui seria repetida se fosse para conceber a democracia como um mero procedimento de se aferir a legitimidade de uma decisão política que não considerasse o conteúdo de tal decisão. Mas qual é a substância da democracia?

### 3. A DEMOCRACIA COMO SUBSTÂNCIA

A democracia como método pressupõe a soma simples da vontade da maioria, e é exatamente esta a crítica que se faz, porquanto muitas vezes a vontade de maior representatividade

---

<sup>5</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução de Claudia Berliner, 2003, p. 29-30.

pode significar o retrocesso, a sufocação da minoria e perseguições bem engendradas pelo ardid de manipuladores. Sem dúvida, caso a **democracia** significasse apenas isso, tal forma de gestão do poder seria evidentemente perigosa e merecedora de severas críticas.

Dessa forma, a premissa científica da argumentação ora proposta consiste em considerar válido o modo de operar pela apuração do maior número de aceitantes para a definição de democracia, todavia, a gestão democrática irá pressupor uma profundidade de análise, eis que ainda que ocorra quase a unanimidade em uma determinada posição no corpo social, nem por isso estará presente a democracia, eis que ela não é somente método, mas também substância.

O primeiro passo da presente empreitada consiste em determinar que a democracia, como parte integrante do direito, mostra o que **é**, após a análise daquilo que ela **deve ser**. Com efeito, pela concepção apenas positiva do direito, **este é** a norma ou o conjunto de normas jurídicas; sucede que as normas não passam de um mero efeito, sendo a essência do direito – a sua causa e aquilo que inspira a criação formal da norma – o que ele **deve ser**. Assim são as ciências éticas, sendo a ciência jurídica destacada por decorrer da vontade da organização social e por autorizar a possibilidade sancionatória na hipótese de não ser observada espontaneamente.<sup>6</sup>

Nesse sentido, a democracia não se resume a descrever um método de tomada de decisão, mas também deve prescrever certas diretrizes sobre o conteúdo do que pode ser decidido. Dessa forma, ainda que presente uma maioria numa determinada escolha, tal não seria suficiente para caracterizá-la como democrática, sendo imprescindível aferir se o conteúdo escolhido por esta maioria se adequa aos diretivos democráticos. Noutras palavras, a democracia tem aspectos descritivos e prescritivos, como escreve Sartori:<sup>7</sup>

As democracias também são, num certo sentido, sociedades políticas dirigidas a uma finalidade – mas sem uma vanguarda; as metas são estabelecidas através do processo democrático, de acordo com procedimentos democráticos e na medida em que a democracia avança. Conclui-se disso que a democracia está exposta de maneira muito singular a uma tensão *fato-valor*, em torno da qual gira. Assim sendo, pode-se dizer que só a democracia deve a própria existência a seus ideais. E é por isso que precisamos da palavra democracia. Apesar de sua imprecisão descritiva, ajuda-nos a manter sempre diante de nós

---

<sup>6</sup> TELLES JR. Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**, 2002, p.43.

<sup>7</sup> SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, 1994, p.24. v. I.

o ideal – o que a democracia *deve ser*. O termo democracia não tem, portanto, apenas uma função descritiva ou denotativa, mas também uma função normativa e persuasiva. (Itálico original)

A questão que a ciência jurídica tem que responder diz respeito a definir quais são as ditas diretrizes democráticas, de sorte que se possa aferir se algo é substancialmente democrático ou não. Como já foi observado, qual seria esse ideal? Desde logo, é necessário reconhecer que a substância da democracia vive e evolui conforme a própria humanidade. Assim, trata-se de elemento mutável, mas nem por isso se deve imaginar que sobre o tema vige uma insegurança jurídica, porquanto as conquistas que atendem à sociedade demonstram que tudo que pretenda diminuí-las ou promover-lhes a regressão será antidemocrático e tudo que busque promovê-las ou incrementá-las será qualificado como democrático.

Assim, as **conquistas sociais** são o termômetro da acepção substancial da democracia e por suas características evidenciam a mutabilidade progressiva desse ideal. De fato, em face da antidemocracia de um regime absolutista, a possibilidade do rico burguês oriundo da plebe participar das decisões políticas se mostrou um avanço democrático; da mesma forma se evidencia o progresso com a queda dos regimes censitários e capacitários de participação para a universalização e a inclusão das mulheres. Isto apenas para destacar a conquista social da participação política. O mesmo raciocínio deverá ser aplicado em relação às conquistas sociais no que diz respeito aos direitos fundamentais que progrediram em suas gerações, devendo cada avanço ser caracterizado como uma importante consagração democrática.

Na argumentação inversa, tudo que represente a supressão de direitos conquistados, truculência governamental, omissões sobre direitos básicos como à educação e à saúde, ou que simplesmente coloque o ser-humano em segundo plano, como um mero objeto do Estado, deverá ser taxado como antidemocrático e todos os que promoverem tais desideratos devem ser assim considerados.

A democracia é, por assim dizer, notadamente a formação do seu aspecto substancial, fruto do processo histórico da humanidade. Nesse sentido, anota Braghirolli:<sup>8</sup>

Conceitualmente, a democracia pode ser definida como sendo um

---

<sup>8</sup> BRAGHIROLLI, Fernanda. Justiça constitucional: a forma garantidora do estado democrático de direito e sua necessária intervenção na busca da concretização dos direitos fundamentais. **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas da ULBRA**, 2008, p. 111, v. 9.

aspecto histórico, considerada como um instrumento de valores caracterizados essenciais à sobrevivência humana e que traduz a idéia de um poder que repousa na vontade do povo. Sob este prisma se revela como um processo de afirmação do povo que ele mesmo vai construindo no decorrer da história, assim, estudar democracia implica inseri-la no contexto próprio à sociedade atual (MORAIS, 2005, p. 106). Na verdade, a insuficiência da democracia em realizar os direitos fundamentais até o presente momento, não retira a sua validade, pois se trata de um conceito histórico, tanto quanto os valores que ela busca assegurar. Entretanto, vale dizer, que é de grande importância para o próprio ideal democrático, que tais valores necessitam de garantias de realização dentro deste processo, sob pena da democracia não se efetivar em toda a sua plenitude.

Como já afirmado, a matéria democrática decorre de um longo processo histórico e neste trabalho é defendido que se caracteriza pelas conquistas sociais que não podem ser suprimidas sob pena de se descaracterizar a natureza democrática da sociedade. Vale dizer, ainda que a grande maioria das pessoas pretenda suprimir tais conquistas, tal postura ainda que decorra da metodologia democrática da maioria não irá merecer essa adjetivação, porquanto despida da substância inerente a tal regime político de constante proteção das conquistas sociais.

É bem verdade que alguns elementos são inerentes a qualquer forma de Estado que queira ser democrático, com possíveis variações conforme a cultura e nunca sem prejuízo do progresso de se perseguir uma sociedade cada vez mais democrática com o reconhecimento constante de direitos que atendam a todos e valorizam o ser-humano. Em relação às características básicas do Estado democrático, escrevem Lechini e Romero:<sup>9</sup>

In first place, it is worth emphasising that democracy is identified with a specific political system, which emerged in the second half of the eighteenth century. As Maira (2004, 13) sums up so well, since then democracy has been the basis of a political system founded on quite exact mechanisms and procedures, which include the rules of constitution and the function of the three powers; a catalogue of fundamental rights and guarantees for men and women of a universal nature; the periodic renewal of rulers based on free elections for a specific term and responsibilities; the existence of multiple political parties; an open opportunity for alternating and persons in power; and the strengthening of the principle of legality that establishes the same rules and bidding for the constitutionally elected authorities and the citizens who vote them into office.

---

<sup>9</sup> LECHINI, Gladys; ROMERO, Pedro. What democracy – for what development? **UNISA Latin America Report**, Pretoria/South Africa, 2008, p. 64.

É de ver, assim, que o estabelecimento de mecanismos e processos, dentre os quais se incluem o Estado constitucional; partilhar os poderes funcionais do Estado; um catálogo de direitos fundamentais; a periódica renovação de legisladores baseada em eleições livres para mandatos temporários e com a assunção de responsabilidades; a multiplicidade de partidos políticos; a abertura de oportunidade conjugada com a alternância de pessoas no Poder Estatal; tudo sob o império do princípio da legalidade, ou seja, do direito, são elementos essenciais para caracterizar um Estado democrático.

#### 4. É POSSÍVEL LIMITAR A DEMOCRACIA?

À evidência que não se pode pretender exaurir em uma lista os caracteres da democracia. Consoante já afirmado em outro lugar, a democracia está em constante progresso assim como a humanidade, sua criadora. Não se pode pretender atrofiar o progresso democrático, no entanto, não se pode olvidar que a pretensão de fomentar a democracia pode ter por reserva mental cerceá-la no interesse egoístico de determinado setor da sociedade. A potencialidade do erro faz parte de qualquer procedimento humano, o que deve ser visto como o elemento de um aprendizado bem mais solidificante. O que importa é que sejam asseguradas liberdades básicas para se proteger a democracia. Ao tratar da contínua possibilidade de errar e progredir, anota Rawls:<sup>10</sup>

Não há garantia alguma de que todos os aspectos de nossa atual maneira de viver sejam os mais racionais para nós e que não necessitem de uma revisão, maior ou menor. Por essas razões, o exercício completo e adequado da capacidade de ter uma concepção do bem é um meio a serviço do bem dessa pessoa. Assim, graças à hipótese segundo a qual a liberdade de consciência, e portanto a liberdade de cometer erros e de se enganar, faz parte das condições sociais necessárias para o desenvolvimento e exercício dessa faculdade, os parceiros têm outro motivo para adotar os princípios que garantem essa liberdade básica.

A mutabilidade democrática deve ser para o progresso, mas que pode ser manuseada para o regresso, o que exige do titular do poder, qual seja, o povo, uma constante e incansável posição de vigilância, de sorte que se evite uma indevida usurpação do poder que até é possível que se mantenha com aspectos de legitimidade por força de um referendo –

---

<sup>10</sup> RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot, 2000, p. 172.

aceitação a posteriori – ao preço de um paternalismo de curto prazo, mas com resultados desastrosos a médio e longo prazo. Realmente, uma ditadura de um líder carismático amado por seu povo, ou seja, com ampla aceitação de governo, como ocorreu no governo de Hitler na Alemanha nazista, e como se pretende recriar com as devidas ressalvas em alguns países da América do Sul nos dias atuais, não são exemplos de democracia.

Caso se entendesse a democracia apenas como método, algo que é simplesmente a vontade da maioria, as ditaduras alcunhadas de populistas poderiam com lógica reconhecerem-se como democratas. No entanto, a democracia não se extrai de uma simples forma, mas também de um conteúdo. Não se pode dizer que há democracia onde não se alterna o poder ou onde se restringe de qualquer modo a participação política. Ainda que o Estado não deixe faltar nada para a sua população, esta não pode correr o risco de depender dos humores do seu governante. Isto não é reconhecer o povo como titular do poder, mas sim a pessoa ou grupo escolhido pelo mesmo povo; mas o poder popular, num Estado democrático, é irrenunciável. Logo, nem que a maioria queira abrir mão de sua titularidade em prol de um, não poderá fazê-lo, a não ser que a sociedade queira mesmo viver em uma ditadura e aceite todas as possíveis nefastas consequências de se abrir mão da democracia. Sobre a impossibilidade absoluta de se conjugar os termos democracia e ditadura, escreve Sartori:<sup>11</sup>

Uma ditadura é, por definição, um Estado *sem controle*; controla as pessoas que lhe estão submetidas sem ser controlado por elas. Portanto, é evidente que, no que diz respeito à ditadura, não há possibilidade de se cumprirem promessas; toda promessa é vazia *ex hypothesi*. Como uma ditadura é uma ditadura por admitir um poder arbitrário e irrestrito, sua própria natureza exclui *a limine* a possibilidade de lhe atribuir um limite temporal e hipotecar o seu desenvolvimento. Prometer uma liberdade que deve passar primeiro pelo túnel de uma ditadura é como queimar o dinheiro necessário para o pagamento a ser feito amanhã. A credibilidade de uma promessa deste tipo está bem próxima de zero. Com isso, resta-nos apenas a perplexidade, como também, e mais ainda, o desespero diante da credulidade humana.

Por outro lado, tão destrutivo quanto a tomada do poder estatal por um governo ditatorial, sendo que de modo até mais desonesto, é a depreciação da democracia pela manipulação da população por força do capital. Em outros termos, o Poder Econômico **compra** a democracia de um Estado, pois a maior parte do povo, titular do poder, não

---

<sup>11</sup> SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, 1994, p. 279-280, v. II.

recebeu instrução e nem prevenção, de modo que desconhece mesmo a relevância da sociedade para os desígnios do Estado. Dessa forma, a **massa popular** é conduzida por máquinas de propaganda e alienação que de maneira sub-liminar viciam o consentimento da sociedade. Assim, em vez da formação de opinião própria, à sociedade é imposta a opinião do Poder Econômico que termina por ser defendida arduamente pela turba como se fosse dela mesma a autoria. É como se a sociedade viesse a advogar a própria condenação hipnotizada pelas imposições de mercado.

Como se vê, a democracia pode ser limitada pela limitação do povo, mas para a defesa de suas conquistas sociais e evitar o regresso ou a deturpação dos valores democráticos. Realmente, como regime de governo, o regime democrático não funciona sem a constante atuação do seu titular. Não existe o impulso oficial democrático, de sorte que a sociedade deve constantemente exercer o seu poder, pois à espreita estará alguém ou um grupo com o desejo de aproveitar-se dessa inércia. Daí decorre a importância da compreensão do aspecto prescritivo da democracia, a fim de que haja a devida fiscalização dos elementos materiais do Estado democrático.

Sobre os elementos essenciais já citados noutra lugar, merece destaque a presença do catálogo de direitos fundamentais, mas especificamente dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade para que se possa formar a essencial e verdadeira democracia. É de se advertir que a liberdade e a igualdade devem ser materiais. Um homem com fome não é livre e nem igual como alguém que não passa necessidade; um homem que desesperado precisa de tratamento de saúde para a esposa ou para um filho não é livre e nem igual a um homem que goza de recursos financeiros para tratar da saúde dos seus entes queridos entre outros exemplos. Em tal circunstância, diante do constante risco de vício de consentimento numa sociedade materialmente desigual, os elementos substanciais da democracia prestam relevante serviço para o bem comum, pois protegem a sociedade dela mesma que, inconscientemente, pode abrir mão do seu poder para atender aos interesses de uma minoria egoística, mas que controla os demais por suas necessidades econômicas. A mesma minoria egoísta não ajuda a grande massa de pessoas a superar suas ignorâncias, mantendo-as dependentes como forma de controle. Sobre a dificuldade de se construir uma democracia nos tempos atuais, aborda Souza Neto:<sup>12</sup>

As democracias contemporâneas se caracterizariam, na realidade, pelo desinteresse generalizado pela política; pela grande influência do poder econômico sobre os processos eleitorais; pela manipulação

---

<sup>12</sup> SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**, 2011, p. 15.



da opinião pública pelos meios de comunicação; pela corrupção generalizada dos governos; pela ausência de fidelidade dos governantes aos princípios de seu partido e às propostas de campanha etc. Diversas são as vertentes do pensamento político que elaboram críticas como estas, desde realistas – que sublinham o caráter elitista da democracia contemporânea –, até marxistas, passando por liberais igualitários. No limite, a crítica de inspiração marxista irá mesmo afirmar que, quando vigente em sociedades de classes, a democracia formal acaba servindo à consolidação de uma “falsa consciência” que neutraliza os potenciais transformadores da luta de classes. Para esse ponto de vista, a democracia formal representaria um óbice ao desenvolvimento de uma democracia substancial. Essa é a linha da denúncia socialista dirigida contra a “democracia burguesa”. (Aspas originais)

Dessa forma, o Estado deve chamar para si a proteção dos valores democráticos em face da constante tentativa ilegítima de intromissão do Poder Econômico nos desígnios sociais. E a forma de proteção da democracia parte da ideia de proteção aos seus elementos substanciais. Ao tratar da importância do Estado e dos direitos à liberdade e à igualdade, leciona Albuquerque:<sup>13</sup>

Distanciamento da teoria liberal do Estado de um fundamento ético mais profundo, que dificulta a articulação de uma concepção legitimadora do Direito, mormente nas sociedades contemporâneas, marcadas pela explosão desenfreada do particularismo individualista e pela dificuldade da unificação ética e política das vontades visando à integração da sociedade. Mediação entre a dimensão normativa e fundamento ético-político da justiça que deve se objetivar no âmbito da Ciência do Direito pela valorização do Estado enquanto espaço público capaz de ordenar unitariamente a sociedade em toda miríade de vontades particulares – inerente à conformação pluralista das sociedades contemporâneas – sem perder de vista o necessário reconhecimento da supremacia dos valores democráticos da igualdade e da liberdade.

Nesses termos, a ideia de que a vontade da maioria tudo pode ao argumento de que representa o ideal democrático trata-se de raciocínio falso e que merece limitação com esteio nos elementos substanciais da democracia. Mas quem, de fato, tem autoridade para listar os elementos substanciais da democracia que de tão importantes podem limitar a vontade da em tese legítima maioria? Essa lista é fechada? Tais indagações serão tratadas no próximo e derradeiro item.

---

<sup>13</sup> ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Teoria política da justiça como fundamento ético do estado. **Pensar: Revista de Direito da UNIFOR**, 2007, p.154.

## 5. O CONTROLE SUBSTANCIAL DA DEMOCRACIA

O sistema meramente metódico de democracia por si só já demonstra sua imprestabilidade, eis que deixa sem qualquer proteção os interesses das minorias que a depender da matéria devem ser resguardados. Não se pode conceber que a grande maioria de uma determinada religião impeça o proselitismo de outras crenças; da mesma forma, a liberdade sexual das minorias deve ser protegida contra a intolerância entre outros casos que envolvem o embate entre as maiorias e as minorias.

É necessário criar mecanismos de se resguardar a democracia em seu aspecto substancial, que indubitavelmente protege os interesses das minorias, notadamente quanto às liberdades. Ao externar a mesma preocupação no contexto norte-americano, escreve Ely:<sup>14</sup>

Alguns autores propõem que o papel da Corte na proteção das minorias consista apenas em remover as barreiras à participação delas no processo político. No entanto, vimos que (e a consciência desse fato permeia toda a Constituição) o princípio de representação que jaz no cerne do nosso sistema exige mais que o simples direito a voz e voto. Por mais aberto que seja o processo, aqueles que obtêm maior número de votos têm condições de garantir vantagens para si mesmos em detrimento dos outros, ou de recusar-se a levar em conta os interesses das outras pessoas e grupos.

Não se quer dizer que numa democracia a maioria deve se submeter a uma minoria caprichosa, mas que os direitos básicos desta não podem ser suprimidos ou dificultados pela maior representatividade. A considerar que o Poder Executivo e o Poder Legislativo tendem a agraciar aquilo que representa uma maior aceitação, evidentemente porque trará mais votos numa futura eleição, caberá ao Poder Judiciário, como órgão técnico da juridicidade democrática, exercer o controle constitucional da democracia. Deve se atentar que referido controle só é concebido quando se está diante de uma constituição permeada por valores democráticos, pois do contrário não se estará diante de um Estado que possa ser assim qualificado.

Como se vê, a técnica de preservação do controle substancial da democracia consiste no controle de constitucionalidade que é exercido pelo Poder Judiciário ou, a depender do Estado, por uma corte constitucional típica. Muito se discute que esta saída de entregar ao Poder Judiciário o controle da democracia seria uma medida ilegítima e antidemocrática,

---

<sup>14</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos e Marcelo Brandão Cipolla, 2010, p.181.

pois se estaria confiando a um poder sem representação popular e que não se formou por sufrágio a manutenção da democracia em detrimento do poder formado pelos representantes do povo. Trata-se da crítica à decisão contramajoritária. Nesse sentido, defende Mariano:<sup>15</sup>

9) a conclusão de que o problema não reside propriamente no déficit de legitimidade de origem do judiciário é porque, na medida em que os juízes e tribunais respeitem a autonomia e a primazia dos representantes dos cidadãos para eles próprios interpretarem as normas constitucionais estabelecidas pela soberania popular, como ocorreu no exemplo da ADIN n.º 3.510, a autoridade do legislativo não teria maiores dificuldades de conviver com um poder judiciário com a função de guardião da Constituição. Ademais, é salutar, numa democracia, harmonizar e agregar, e não subtrair órgãos na tutela e cumprimento da Constituição, muito menos o legislativo, que é o verdadeiro poder constituído e o poder político por excelência.

Em que pesem os pontos levantados, a democracia de um Estado não existe pela representação popular do Poder Legislativo, mas sim pelas disposições constitucionais que consagram os elementos substanciais da democracia. Confiar aos legisladores a proteção da democracia é o mesmo que aceitar somente a perspectiva de método, desprezando a substância do regime jurídico. De mais a mais, trata-se de medida extremamente arriscada, haja vista que muitos legisladores são eleitos por processos eleitorais viciados pelo poder econômico além de não necessariamente representar os interesses das minorias. Por fim, a hipótese dos representantes do Poder Judiciário não serem eleitos pelo povo em absoluto quer dizer que se trata de uma instituição não afeita à democracia, para tanto basta que esteja disciplinado num texto constitucional democrático em termos substanciais. Vale dizer, sendo a constituição democrática, todas as suas instituições também o serão, de sorte que nenhuma pode se arrogar desta condição em detrimento das demais, eis que não é simplesmente a regra da maioria na escolha dos membros de um órgão que irá dizer se há democracia, mas sim o respeito à essência democrática oriundo da submissão à liberdade, à igualdade, responsabilidade funcional entre outros aspectos sempre presentes nessa modalidade de Estado. A respeito da preservação da democracia pelo controle de constitucionalidade, escreve Kay:<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário na democracia brasileira: o restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional**, 2009, p. 162.

<sup>16</sup> KAY, Richard S. Rights, rules and democracy. **Revista Espaço Jurídico: Espaço Jurídico Journal of Law da Universidade Oeste de Santa Catarina**, 2008, p. 157.

Unless we take a moment-to-moment model of democracy, it is hard to resist the argument that some constraints to preserve democracy are appropriate limits even on otherwise democratically impeccable decisions. Once we agree to protect a democratic system “over time”, that is, the intervention of an external guardian is appropriate for the purpose of maintaining things that are essential to preserve that system. But there many kinds of state institutions and procedures that are all consistent with genuine representative government. Therefore, the occasions on which legislation will ofend on this basis must be extremely rare. This is even clearer when we recall that such legislation will, by hypothesis, issue from a process that is it self assumed to be democratic in the hands of some of it’s proponents, however, the reach of the constitutional review supposedly required for the maintenance of democracy is far greater.

Dessa forma, a considerar que os elementos substanciais estão insertos no texto constitucional, este, como norma jurídica, deve ser interpretado pelo Poder Judiciário. É de ver que não se trata de lista fechada a que dispõe das características materiais da democracia que, como foi visto noutro momento, tratam-se de conquistas sociais que beneficiam a todo o povo. Assim, nada impede o seu incremento pelo Poder Legislativo, especialmente pelo Poder Constituinte derivado reformador, mas com a ressalva de que será possível o controle de constitucionalidade deste acréscimo, especificamente para aferir se realmente corresponde a um avanço e não a uma supressão oblíqua de elementos democráticos.

## 6. CONCLUSÃO

A democracia possui aspectos descritivos e prescritivos. Por consequência, a regra da maioria não é um dado determinante da realidade democrática, não obstante possa ser um instrumento a ser utilizado para preservar a democracia. Por ter um aspecto prescritivo, a democracia traças disposições de **dever ser** nas quais serão considerados os elementos substanciais.

Nesse contexto, o Estado democrático deve assegurar direitos fundamentais; deve consagrar o princípio da legalidade; deve prever a alternância periódica do poder entre

outras características que, ao final, destinam-se a preservar o ser-humano de maneira eminentemente universal.

O reconhecimento dos elementos substanciais da democracia oriundos da sua perspectiva prescritiva tem como efeito principal limitar os ímpetus modificativos do Poder Legislativo e das maiorias. Em outros termos, a atividade de atualização jurídica só será válida se não modificar o núcleo material das disposições democráticas. A democracia em nenhum momento pode ser abolida e da mesma forma não pode ser tolerada qualquer hipótese de diminuição de sua abrangência. Na verdade, não é a democracia que é limitada, mas as pretensões antidemocráticas das maiorias.

O melhor instrumento para coibir os arroubos antidemocráticos é a técnica de **controle de constitucionalidade democrático** que, nada mais é, do que a **judicial review** inerente aos Estados que possuem cortes constitucionais ou que fazem as vezes de tais, como o Supremo Tribunal Federal brasileiro, tendo como parâmetro de proteção as disposições constitucionais que consagram as **conquistas** que caracterizam os elementos substanciais da democracia.

É evidente que sempre poderá ser agregado novos elementos ao bloco normativo de disposições democráticas, sem prejuízo de ulterior controle, pois a democracia está em constante progresso, no mesmo ritmo da humanidade. Quanto mais disposições democráticas forem consagradas melhor será para a sociedade. Todas as disposições relacionadas ao Poder do Estado que resguardam o ser-humano em caráter universal promovendo a tolerância, o respeito mútuo e a moralidade, certamente irão contribuir para o desenvolvimento democrático.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Teoria política da justiça como fundamento ético do estado. **Pensar: Revista de Direito da UNIFOR**, Fortaleza/CE, Edição Especial, p. 152-161, abr. 2007.

BRAGHIROLI, Fernanda. Justiça constitucional: a forma garantidora do estado democrático de direito e sua necessária intervenção na busca da concretização dos direitos fundamentais. **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas da ULBRA**, Canoas/RS, v. 9, n. 1, p. 109-119, jan/jun. 2008.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

KAY, Richard S. Rights, rules and democracy. **Revista Espaço Jurídico: Espaço Jurídico Journal of Law da Universidade Oeste de Santa Catarina**, Chapecó/SC, v. 13, n. 3, p. 151-168, Edição especial. 2008.

LECHINI, Gladys; ROMERO, Pedro. What democracy – for what development? **UNISA Latin America Report**, Pretoria/South Africa, v. 22, n. 1,2, p. 62-74, jan/jun. 2008.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário na democracia brasileira: o restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional**. Fortaleza, Unifor, 2009. 182p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza, 2009.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. v. I.

\_\_\_\_\_. **A teoria da democracia revisitada: as questões clássicas**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. v. II.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TELLES JR. Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

# O PAPEL DA ESFERA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

*Thaíssa Assunção de Faria*

*THE ROLE OF THE PUBLIC SPHERE IN THE  
REALIZATION OF DEMOCRACY*





# O PAPEL DA ESFERA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

*THE ROLE OF THE PUBLIC SPHERE IN THE REALIZATION OF DEMOCRACY*

*Thaíssa Assunção de Faria*

*(Pós-Graduada em Direito Público, Direito Previdenciário, Direito Tributário e Direito do Trabalho. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Membro do Comitê Executivo de Saúde do Estado de Mato Grosso. Defensora Pública Federal).*

## RESUMO

O presente estudo busca compreender o conceito de esfera pública, abordado por Jürgen Habermas, e relacioná-lo ao desenvolvimento de uma sociedade democrática. O mencionado filósofo, utilizado aqui como marco teórico, é autor da teoria do agir comunicativo, segundo a qual o entendimento é alcançado mediante a participação do povo no processo de formação da opinião e da vontade. Assim, a esfera pública habermasiana desenvolve-se em meio ao agir orientado para o entendimento, correspondendo ao espaço social do agir comunicativo. Para Habermas, a ideia de que o cidadão deve ser autor do discurso do qual é destinatário relaciona-se diretamente à garantia de sua autonomia pública, ou seja, de seu direito de participação democrática em determinada comunidade.

**Palavras-chave:** Jürgen Habermas. Esfera Pública. Democracia. Teoria do Agir Comunicativo. Paradigma Procedimental.

## ABSTRACT

The present essay intends to comprehend the concept of public sphere, discussed by Jürgen Habermas, and relate it to the development of a democratic society. The reported philosopher, quoted here as a theoretical bound, is the author of the theory of communicative action, which means that the understanding is reached when people participate in the formation of opinion and will. Therefore, the public sphere of Habermas

is built in order to turn the action into a requirement to achieve the understanding, and this public sphere corresponds to the social space of the communicative action. Habermas believes that when the citizen is the author of his own speech, this assures his public autonomy, in other words, it affirms his right of democratic participation in the community.

**Keywords:** Jürgen Habermas. Public Sphere. Democracy. Theory of Communicative Action. Procedural Paradigm.

Data de submissão: 27/02/2015.

Data de aceitação: 03/06/2015

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. O PARADIGMA PROCEDIMENTAL E A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO. 3. A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO E DA VONTADE. 3.1 O Conceito de Esfera Pública. 3.2 A Teoria Discursiva Habermasiana. 4. CONCLUSÃO

### 1. INTRODUÇÃO

Busca-se com o presente trabalho compreender a concepção de esfera pública, abordada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, bem como avaliar seu papel na efetivação da Democracia.

Para alcançar este objetivo, é indispensável o prévio estudo da teoria do agir comunicativo de Habermas e de sua proposta de um paradigma procedimental.

Após a breve abordagem dos assuntos acima mencionados, intenta-se discorrer sobre a

esfera pública, com enfoque na participação do povo no processo de formação da opinião e da vontade.

A escolha de Jürgen Habermas como marco teórico justifica-se pela contemporaneidade das ideias deste renomado filósofo alemão, que, em diversas obras, aborda a relevância do livre fluxo comunicacional para a formação do discurso democrático.

## 2. O PARADIGMA PROCEDIMENTAL E A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

Habermas identifica no mundo moderno dois paradigmas do direito: o paradigma do direito formal burguês e o paradigma do direito ao bem-estar.<sup>1</sup>

Sob o paradigma do direito formal burguês, desenvolvia-se uma sociedade econômica, que se institucionalizava por meio do direito privado e de forma independente do Estado enquanto provedor do bem comum:

Segundo este modelo, uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através de direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea dos mecanismos do mercado. Essa 'sociedade do direito privado' era talhada conforme a autonomia dos sujeitos do direito, os quais, enquanto participantes do mercado, tentam encontrar a sua felicidade através da busca possivelmente racional de interesses próprios.<sup>2</sup>

Nesse primeiro paradigma do direito moderno, valorizava-se a necessidade de delimitação de esferas de liberdade individual por meio da garantia de um *status* jurídico negativo e da igualdade de todos perante a lei.

---

<sup>1</sup> HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 123-190.

<sup>2</sup> HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 138.

Entretanto, a igualdade jurídica não correspondia à igualdade fática<sup>3</sup> e o Estado passa a assumir uma conduta ativa, inclusive interferindo na economia, que antes recebia influência apenas das regras do mercado. Translada-se, assim, para o paradigma do direito ao bem-estar, no qual o Estado é mais dirigista, ou seja, aloca para si a responsabilidade de assegurar materialmente os direitos formalizados em leis. O filósofo registra: “Podemos averiguar que a passagem para o modelo do Estado social se impôs, porque os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da administração.”<sup>4</sup>

Assim, para cumprir suas funções, o Estado desenvolveu um enorme corpo burocrático, cada vez mais especializado. As pessoas passam a ser vistas como clientes e não como cidadãos:

Segundo o princípio da igualdade de chances para o exercício das liberdades jurídicas, este fim se justifica por dois caminhos: criticamente, em relação a um modelo social rejeitado (fracasso do mercado) e, construtivamente, em relação a um novo modelo, que é o do Estado do bem-estar social. Essa nova compreensão, que serve de pano de fundo, engloba dois aspectos: de um lado, surge a imagem de uma sociedade cada vez mais complexa, composta de esferas de ação funcionais, as quais forçam os atores individuais a assumir a posição marginal de “clientes”, entregando-os às contingências de operações sistêmicas independentes; de outro lado, existe a expectativa de que essas contingências venham a ser controladas normativamente através das operações reguladoras de um Estado social que intervém de modo preventivo ou reativo.<sup>5</sup>

Com isso, desaparecem os espaços para a discussão livre, desprezando-se o papel do cidadão enquanto autor do direito. Saliente-se que, para Habermas, as pessoas somente alcançam a plena autonomia quando veem a si mesmas não apenas como destinatárias, mas também como autoras de seu direito, reconhecendo-se como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.

Dessa forma, o pensador alemão propõe o paradigma procedimental do direito, que ressalta os cidadãos como autores do direito, e critica os paradigmas do direito liberal

---

<sup>3</sup> Sob esse aspecto, saliente-se que a igualdade fática corresponde à igualdade de oportunidades, como se depreende do seguinte trecho escrito por Habermas:

“[...] Com a crescente desigualdade das posições de poder econômico, patrimônios e condições sociais, porém, desestabilizaram-se sempre mais os pressupostos factuais capazes de proporcionar que o uso das competências jurídicas distribuídas por igual ocorresse sob uma efetiva igualdade de chances” (2002a, p. 294).

<sup>4</sup> HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 170.

<sup>5</sup> HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 142.

e do direito ao bem-estar, que se limitam a determinar os pressupostos para garantir à população o *status* de pessoa de direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica<sup>6</sup>.

A ideia de que o cidadão deve ser autor do direito do qual é destinatário relaciona-se diretamente à garantia de sua autonomia pública, ou seja, de seus direitos de participação democrática em determinada comunidade. Nessa seara, Habermas expõe:

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originaárias; ao mesmo tempo, porém, ela *deve* sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se.<sup>7</sup>

Sob o paradigma procedimental do direito desenvolvem-se fluxos comunicacionais, dos quais todos os cidadãos podem participar. A comunicação é viabilizada por meio da observância de condições necessárias ao diálogo, tais como aquelas que permitem a inclusão de minorias e combatem a coação.<sup>8</sup> Por conseguinte, Habermas propõe que a todos sejam dadas as mesmas chances de expressar sua opinião e que a comunicação esteja livre de restrições, para que o melhor argumento possa vir à tona.<sup>9</sup>

Valorizando a comunicação na comunidade política, Habermas lança mão do agir comunicativo, que é aquele orientado para o entendimento, o qual é alcançado mediante a participação do povo no processo de formação da opinião e da vontade.

Nesse sentido, o filósofo alemão propõe que a coordenação das ações seja guiada pelo entendimento mútuo, o qual proporciona uma conexão interativa entre os participantes do discurso e, com isso, inviabiliza a eclosão de atos orientados tão-somente para a consecução de finalidades.

---

<sup>6</sup> HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 145-146.

<sup>7</sup> Ibid, p. 147.

<sup>8</sup> Nesse sentido, Habermas expõe, ao discorrer acerca do paradigma procedimental do direito: “[...] divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a *de todos* os atingidos” (HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 190).

<sup>9</sup> HABERMAS, J. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**, 2002b, p. 67.

Portanto, o cerne da teoria habermasiana é o desenvolvimento de um procedimento discursivo que possibilite o assentimento racionalmente motivado dos membros de uma determinada comunidade ao conteúdo de um proferimento. “O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo.”<sup>10</sup>

Cumprе salientar que a ideia de legitimidade para Habermas está diretamente ligada à noção de aceitabilidade racional. Sob esse aspecto, determinada conduta é legítima apenas se levar em consideração a formação discursiva da opinião e da vontade, a qual proporciona o entendimento e a aceitação racional:

A ideia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade.<sup>11</sup>

Assim, a concepção habermasiana do agir comunicativo, como um meio que permite o alcance do consentimento e da aceitabilidade racional do discurso, mostra-se apta a elucidar critérios para a formação do discurso democrático.

---

<sup>10</sup> HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**, 2003a, p. 165.

<sup>11</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003b, p. 172

### 3. A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO E DA VONTADE

#### 3.1. O Conceito de Esfera Pública

A esfera pública<sup>12</sup> não pode ser entendida como uma instituição, pois ela não é constituída por meio de uma estrutura normativa que define a forma de organização e as competências de cada membro. Também não se caracteriza como um sistema autônomo, pois seus horizontes são abertos, permeáveis e deslocáveis:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a *compreensibilidade geral* da prática comunicativa cotidiana.<sup>13</sup>(grifos do autor)

Dessa forma, a esfera pública, afastada de sua concepção burguesa<sup>14</sup>, representa uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, ou seja, relaciona-se com o espaço social gerado no agir comunicativo. Esse espaço surge a partir das relações

---

<sup>12</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 92, também utiliza o termo “espaço público” para se referir à esfera pública.

<sup>13</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p.92.

<sup>14</sup> “Nas primeiras Constituições modernas, as seções do catálogo dos Direitos Fundamentais são uma cópia do modelo liberal da esfera pública burguesa: garantem a sociedade como esfera da autonomia privada; contraposta a ela, um poder público limitado a umas poucas funções; e, ao mesmo tempo, entre ambos, o setor das pessoas privadas reunidas num público que, como cidadãos, intermediam o Estado com necessidades da sociedade burguesa, a fim de, conforme a ideia aí subjacente, no meio dessa esfera pública, fazer com que a autoridade política dessa espécie devesse ser mensurada, parecendo então garantido, caso se partisse do pressuposto de uma sociedade com livre intercâmbio de mercadorias (com a sua ‘justiça’, intrínseca ao mecanismo de mercado e à troca de mercadorias, da igualdade de chances em obter propriedades, isto é: de independência privada e co-gestão política), que o intercâmbio das pessoas privadas a nível de mercado e na esfera pública estivesse livre de dominação.” HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa, 2003e, p. 259-260.



interpessoais que nascem quando os participantes do discurso assumem obrigações ilocucionárias e tomam posição perante os atos de fala dos outros<sup>15</sup>.

Saliente-se que a esfera pública mantém relação com a esfera privada, pois a orientação pelo entendimento, predominante na prática cotidiana, “continua valendo também para uma comunicação entre estranhos, que se desenvolve em esferas públicas complexas e ramificadas, envolvendo amplas distâncias.”<sup>16</sup>

Portanto, a diferença entre esfera pública e privada se dá por meio da existência de distintas condições de comunicação. A esfera pública relaciona-se a publicidade do discurso, ao passo em que a esfera privada é caracterizada pela intimidade.

Assim, não se pode fazer a distinção entre essas duas esferas a partir de uma análise temática. Em ambas as esferas podem ser discutidos temas semelhantes, pois a “esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares.”<sup>17</sup>

Cumprе ressaltar, ainda, que cabe à esfera pública fazer a mediação entre o sistema político e os setores privados do mundo da vida e outros sistemas especializados em termos de funções.<sup>18</sup>

Habermas elucida que, no desempenho dessa finalidade, a esfera pública é auxiliada pelas sociedades civis, que captam os problemas advindos da esfera privada e os transmitem à esfera pública política, apoiando-se nos direitos fundamentais, que garantem, por exemplo, as liberdades de opinião e de reunião, indispensáveis à manutenção de uma sociedade civil. Todavia, o pensador considera que os direitos fundamentais não são suficientes para a preservação das sociedades civis, tampouco da esfera pública. Para tanto, mister se faz a manutenção das estruturas comunicacionais da esfera pública.<sup>19</sup>

De acordo com Habermas, atualmente, a sociedade civil não se forma com base na economia constituída por meio do direito privado e dirigida pelo trabalho, pelo capital e pelos mercados. O núcleo institucional das sociedades civis é composto por associações

---

<sup>15</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 93.

<sup>16</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 98.

<sup>17</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 98.

<sup>18</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 107.

<sup>19</sup> *Ibid*, p. 99-106.

e organizações livres, não estatais e não econômicas, que ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida:<sup>20</sup>

No entanto, as garantias dos direitos fundamentais não conseguem proteger por si mesmas a esfera pública e a sociedade civil contra deformações. Por isso, as estruturas comunicacionais da esfera pública têm que ser mantidas intactas por uma sociedade de sujeitos privados, viva e atuante.<sup>21</sup>

Habermas aponta que a sociologia das comunicações de massa é cética com relação à influência das esferas públicas e das sociedades civis nas decisões políticas, considerando que tais esferas estão dominadas pelo poder e pelos meios de comunicação em massa, como a mídia. Contrariamente a essa perspectiva, o filósofo alemão acredita que essa avaliação aplica-se tão-somente para uma esfera pública em repouso, pois a partir do momento em que ocorre uma mobilização, “as estruturas sobre as quais se apoia a autoridade de um público que toma posição começam a vibrar. E as relações de forças entre a sociedade civil e o sistema político podem sofrer modificações”.<sup>22</sup>

Anote-se que ao desconsiderar a esfera pública e a sociedade civil, “o sistema político é absorvido por déficits de legitimidade e de regulação que se absorvem mutuamente”.<sup>23</sup>

Assim, o filósofo alemão aponta ser essencial o cultivo de esferas públicas autônomas, a maior participação das pessoas na formação da opinião e a domesticação do poder da mídia. Destaquem-se suas palavras:

O substrato social, necessário para a realização do sistema de direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da *esfera pública política*, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. [...] Contra a absorção da esfera pública política por parte do poder, existem as conhecidas sugestões que recomendam ancorar elementos plebiscitários na constituição (referendo popular, desejos do povo, etc.) e as propostas que sugerem introduzir processos democráticos básicos (na apresentação dos candidatos, na formação da vontade partidária, etc). As tentativas visando um controle constitucional maior do *poder da mídia* caminham na mesma direção.

---

<sup>20</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 99.

<sup>21</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p.102.

<sup>22</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 113.

<sup>23</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 121.

Pois os meios de comunicação de massa carecem de um espaço de ação que viabilize a sua independência em relação às intervenções das elites políticas e funcionais, e os coloque em condições de assegurar o nível discursivo da formação pública da opinião, sem prejudicar a liberdade comunicativa do público que toma posição. <sup>24</sup>(grifos do autor)

Por conseguinte, deve haver a constante preocupação em manter formas de participação da sociedade nos debates que envolvem temas relevantes, contribuindo, assim, para o surgimento de um poder comunicativo.

O fomento da esfera pública habermasiana envolve tanto a criação de procedimentos que viabilizem o discurso – tais como plebiscitos, referendos e audiências públicas –, como o combate a institutos que objetivam apenas manipular opiniões.

Para Habermas, não existe Democracia sem a presença efetiva de um discurso racional, emanado da esfera pública.<sup>25</sup>

### 3.2. A Teoria Discursiva Habermasiana

Para Habermas, a criação legítima do direito pressupõe a utilização da razão por meio de processos e pressupostos comunicativos. Assim, a concepção habermasiana de racionalidade comunicativa é procedimental, pois a interação discursiva racional é alcançada mediante o respeito a certas regras procedimentais, que protegem a comunicação de coações e violências. Tais regras constituem critérios universais de racionalidade e abrangem questões referentes tanto à estrutura do discurso quanto à influência de aspectos éticos na interação entre os sujeitos.

a ética discursiva habermasiana recorre ao modelo de um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e onde prevalece a força do melhor argumento. Este modelo, que Habermas

---

<sup>24</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 186.

<sup>25</sup> “[...] No paradigma procedimentalista do direito, a esfera pública é tida como a ante-sala do complexo parlamentar e como a periferia que inclui o centro político, no qual se originam os impulsos: ela exerce influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém sem a intenção de conquistar partes do sistema político” (Habermas J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 186/187).

designa como “*situação ideal de fala*”, impõe uma série de condições apresentadas através de três exigências fundamentais: a não-limitação, ou seja, a ausência de impedimentos à participação; a não-violência, enquanto inexistência de coações externas ou pressões internas; e a seriedade, na medida em que todos os participantes devem ter como objetivo a busca cooperativa de um acordo.<sup>26</sup> (grifos do autor)

Portanto, as regras procedimentais possibilitam a livre participação de todos os atingidos<sup>27</sup>. Além disso, contribuem para que os próprios envolvidos no discurso passem a valorizar seu papel no diálogo, o que enseja a seriedade do procedimento e a viabilização de um acordo racional de vontades.

Com esta formulação, Habermas propõe a construção de um espaço público no qual ficam assegurados a reciprocidade e o respeito mútuo. Dessa forma, ingressa-se no território da imparcialidade e, por conseguinte, do acordo representativo dos interesses de todos os participantes do processo argumentativo.

A exigência de imparcialidade imposta pela razão prática está, portanto, representada pelas regras de um procedimento discursivo que, enquanto processo de deliberação pública, não exclui nem as concepções individuais sobre a vida digna nem os valores de formas específicas de vida. O procedimento discursivo atua como uma espécie de autoridade epistêmica que é independente tanto dos cálculos individuais dos sujeitos quanto dos valores e tradições dos mundos plurais.<sup>28</sup>

Como forma de tornar exequível seu projeto de participação do povo na tomada de decisões, Habermas lança a teoria do discurso, que propõe um procedimento ideal para a deliberação e tomada de decisão, estabelecendo um nexos interno entre considerações pragmáticas, compromissos e discursos, com o objetivo de chegar a resultados racionais e equitativos. Para a teoria do discurso, o procedimento deliberativo ideal pressupõe a institucionalização de processos que possibilitem o fluxo comunicacional entre as deliberações institucionalizadas e a opinião pública informal:

---

<sup>26</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2000, p. 110-111.

<sup>27</sup> Acerca da abrangência da palavra “atingido”, Habermas escreve:

“[...] Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas” (2003b, p. 142).

<sup>28</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2000, p. 112.

Na teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal.<sup>29</sup>

A teoria do discurso coloca em evidência a intersubjetividade dos processos de entendimento e contribui, por meio da valorização de formas comunicativas que fundamentam a suposição de racionalidade para todos os resultados obtidos conforme o processo, para a institucionalização de uma corrente de formação discursiva da opinião e da vontade:

Aqui, as implicações normativas são evidentes: a força social e integradora da solidariedade, que não pode ser extraída apenas de fontes do agir comunicativo, deve desenvolver-se através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e de processos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados através de uma constituição, e atingir os outros mecanismos da integração social – o dinheiro e o poder administrativo – através do *medium* do direito.

<sup>30</sup>

Dessa forma, o fluxo comunicacional de formação da opinião e da vontade tem a seu favor a suposição de racionalidade e é esse caráter racional que confere a força legitimadora ao discurso:

A política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora graças à expectativa de uma *qualidade* racional de seus resultados. Por isso, o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante. Ela não pode desaparecer na caixa preta de uma operacionalização que se satisfaz com indicadores amplos.<sup>31</sup> (grifo do autor)

Lançando mão da ideia de desenvolvimento do processo deliberativo por meio de um agir orientado para o entendimento, Habermas propõe uma interpretação intersubjetiva do conceito de soberania popular. Dentro dessa interpretação, a soberania, que se relaciona à identidade da comunidade jurídica, vê-se presente no anonimato dos processos democráticos e passa a valer, por meio da implementação jurídica de pressupostos

---

<sup>29</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 21.

<sup>30</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 22.

<sup>31</sup> *Ibid*, p. 27-28.

comunicativos, como um poder produzido comunicativamente.<sup>32</sup>

Portanto, a soberania popular assume um aspecto procedimental e o sistema político liga-se às redes periféricas da esfera pública política, fornecendo à sociedade uma imagem descentralizada.<sup>33</sup>

Cumpre ressaltar que a soberania popular é garantida por meio de direitos humanos, os quais possibilitam a criação de condições para o discurso racional:

A teoria política deu uma resposta dupla à questão da legitimidade através da soberania do povo e dos direitos humanos. O princípio da soberania do povo estabelece um procedimento que, a partir de suas características democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Esse princípio expressa-se nos direitos à comunicação e à participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos. Em contraposição a isso, aqueles direitos humanos clássicos que garantem aos membros da comunidade jurídica vida e liberdade privada para seguir os seus projetos pessoais, fundamentam uma soberania das leis que as torna legítimas a partir de si mesmas. Sob esses dois pontos de vista normativos deverá legitimar-se o Direito codificado, portanto, modificável, como um meio de garantir uniformemente a autonomia privada e pública do indivíduo. [...] O nexos interno que se buscava entre a direitos humanos e a soberania do povo consiste, pois, em que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para formar a vontade de maneira política e racional. Direitos que possibilitam o exercício da soberania do povo, não podem, a partir de fora, ser impostos a essa prática como restrições.<sup>34</sup>

Por conseguinte, os direitos humanos garantem a cidadania ativa e o desenvolvimento do poder comunicativo, fruto das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e as esferas públicas culturalmente mobilizadas, as quais se distanciam do Estado e da economia.<sup>35</sup>

Insta salientar que Habermas valoriza a neutralidade do processo político de formação da opinião e da vontade, o que não implica a exclusão de questões éticas do discurso político. Isso porque o próprio discurso político pode funcionar como transformador racional de enfoques pré-políticos que envolvam interpretações de necessidade e orientações

---

<sup>32</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 24.

<sup>33</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 21.

<sup>34</sup> HABERMAS, J. *apud* CRUZ, À. R. de S. Habermas e o direito Brasileiro, 2006, p. 167.

<sup>35</sup> HABERMAS, J. *op. cit.* p. 24.

valorativas. As questões da vida prática não podem ser colocadas de lado no processo:

Tal limitação rígida, no entanto, que excluiria *a fortiori* questões éticas, iria pré-julgar a agenda, ao menos implicitamente, beneficiando um pano de fundo tradicional. E, se não colocássemos em discussão nossas diferenças de opinião, não poderíamos *explorar a fundo* as possibilidades de um acordo que pode ser obtido discursivamente.<sup>36</sup>

Assim, Habermas propõe que se estabeleça um procedimento para os discursos políticos, mas ressalta a diferença existente entre a limitação imposta aos discursos público por meio do processo e a limitação do campo temático dos discursos públicos.<sup>37</sup> Dessa forma, tais discursos não podem valorizar apenas a formação da opinião e da vontade guiada por um processo, refutando a formação informal. Isso porque tanto a formação regulada por processo como a informal<sup>38</sup> abrange questões eticamente relevantes da vida boa, da identidade coletiva e da interpretação de necessidades.

Assevere-se que, para que os discursos possam desenvolver sua capacidade de solucionar problemas, devem ser captados de forma sensível e respondidos de forma produtiva. Somente o entendimento garante tratamento racional aos temas, argumentos e informações. Entretanto, ele depende dos contextos de uma cultura e de pessoas capazes de aprender, de forma que as cosmovisões dogmáticas e os padrões rígidos de socialização podem constituir obstáculos para um modo de socialização discursivo.<sup>39</sup>

Nesse sentido, Habermas faz a ressalva quanto à existência de assimetrias inevitáveis na estrutura da esfera pública no que diz respeito à chance de cada autor de intervir na produção, validação, regulação e apresentação de mensagens<sup>40</sup>. Tais assimetrias variam em função do tempo que cada indivíduo despende nas comunicações políticas, assim

---

<sup>36</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 35

<sup>37</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 40.

<sup>38</sup> Habermas (2003e, p. 284-286) identifica dois setores de comunicação politicamente relevantes: o sistema das opiniões informais, pessoais, ou não-públicas; e o sistema das opiniões formais ou institucionalizadas. As opiniões informais abrangem as questões culturais, as discussões acerca de experiências fundamentais da própria história da vida pessoal e os temas atinentes às obviedades da indústria cultural, que são resultado do contínuo bombardeio publicitário ou das propagandas. A seu turno, as opiniões formais, também conhecidas como quase-públicas, originam-se de instituições reconhecidas e autorizadas, como a imprensa política, as comissões parlamentares e as direções partidárias. Sobre as opiniões formais, Habermas aponta que, enquanto opiniões institucionalmente autorizadas, serão sempre privilegiadas, não alcançando correspondência recíproca com a massa não-organizada do público.

<sup>39</sup> HABERMAS, J. op. cit., 53.

<sup>40</sup> Ibid, p. 54.

como do valor que cada indivíduo atribui a esse tipo de comunicação, e prejudicam a formação racional da vontade. Outros fatores prejudiciais são os enfoques oportunistas ou preconceituosos, que afastam a legitimidade do discurso a partir do momento em que lhe retiram a racionalidade.

Portanto, o modelo de socialização comunicativa pura não se adapta integralmente a uma sociedade complexa<sup>41</sup>, onde são comuns “inevitáveis momentos de inércia – especialmente para a escassez das fontes funcionalmente necessárias, das quais dependem em grande medida os processos de formação da opinião e da vontade”.<sup>42</sup>

Saliente-se que tais momentos de inércia correspondem a limitações sistêmicas oriundas da distribuição casual e desigual das capacidades individuais, o que provoca uma falha no fluxo comunicativo. Entretanto, o conceito procedimental de Democracia empresta ao modelo de socialização comunicativa a figura de uma comunidade jurídica capaz de se auto-organizar e, dessa forma, contribui para a redução da complexidade e, conseqüentemente, para uma maior eficácia comunicativa.

Orientando-se pela comunidade jurídica, o modo discursivo de socialização deve ser implantado por meio do *medium* do direito. Relembre-se que o direito positivo serve à redução da complexidade a partir do momento em que compensa a indeterminação cognitiva, a insegurança e a força limitada de normas de ação moral e de normas informais.<sup>43</sup>

Habermas propõe que as expectativas normativas geradas de maneira espontânea no espaço público possam afetar as decisões judiciais, o que é impossível dentro de uma concepção do direito como um sistema fechado. As linguagens presentes no espaço público devem ter livre acesso ao sistema jurídico, pois somente assim será alcançada a interação comunicativa voltada para o entendimento.

Dessa forma, o desmascaramento dos irracionalismos e dos poderes ocultos, emanados do processo de autonomização sistêmica, somente será possível mediante uma razão que se desloque do sujeito para a relação intersubjetiva, constituída no âmbito da esfera

---

<sup>41</sup> Depreende-se dos ensinamentos de Habermas (2003c, p. 53) que uma sociedade complexa é aquela na qual se verificam contingências das tradições e formas de vida existentes, pluralismos das atuais culturas, cosmovisões e conjunções de interesses.

<sup>42</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p.54.

<sup>43</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p.55.



pública. Por esse motivo, a noção de razão comunicativa possui um forte conteúdo democratizante.<sup>44</sup>

Os direitos fundamentais e os princípios do Estado do direito também funcionam como redutores da complexidade, que ofusca o modelo da socialização pura. Sob esse aspecto, merece destaque a institucionalização de processos para política deliberativa, tais como a regra da maioria, a criação de órgãos de representação e a transmissão de competências de decisão:

Coloca-se a questão de saber até que ponto a facticidade social desses inevitáveis momentos de inércia constitui um ponto de cristalização para complexos de poder *ilegítimos*, independentes do processo democrático, mesmo quando a facticidade social *já foi considerada* na estrutura formal e organizacional de instituições e constituições do Estado de direito.<sup>45</sup>

Destaque-se que a teoria dos sistemas parte do pressuposto de que a sociedade precisa se organizar por meio de uma rede de sistemas parciais autônomos que se fecham em si mesmos ao utilizarem-se de semânticas próprias. Portanto, são criados códigos não traduzíveis entre si e, com isso, os diversos subsistemas não conseguem comunicar-se uns com os outros.

Entretanto, para Habermas, a integração de uma sociedade altamente complexa não se dá por meio da formação de sistemas autônomos e fechados em si mesmos, mas sim por meio de um fluxo comunicacional que permita a formação crítica da opinião e da vontade:

Sistemas semanticamente fechados não conseguem encontrar por si mesmos a linguagem comum necessária para a percepção e a articulação de medidas e aspectos relevantes para a sociedade como um todo. Para conseguir isso, encontra-se à disposição uma linguagem comum, situada abaixo do limiar de diferenciação dos códigos especializados, a qual circula em toda a sociedade, sendo utilizada nas redes periféricas da esfera pública política e no complexo parlamentar para o tratamento de problemas que atingem a sociedade como um todo. Por esta razão, a política e o direito não podem ser entendidos como sistemas autopoieticamente fechados. O sistema político, estruturado no Estado de direito, diferencia-se internamente em domínios do poder

---

<sup>44</sup> SOUZA NETO, 2002, p. 298.

<sup>45</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p. 56.

administrativo e comunicativo, permanecendo aberto ao mundo da vida. Pois a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada. Isso tudo porque o sistema de ação político está embutido em contextos do mundo da vida.<sup>46</sup>

Assim, Habermas ressalta a importância do surgimento de esferas públicas autônomas do aparato burocrático estatal, que participam do discurso defendendo suas opiniões, geradas informalmente no mundo da vida. Portanto, o espaço público apresenta um meio informal de transmissão dos impulsos comunicativos do mundo da vida para as instâncias formais de tomada de decisões, servindo, por conseguinte, à mitigação do controle advindo dos subsistemas político e econômico.

Como já exposto, para que o potencial crítico emergente da esfera pública possa ser levado em consideração no momento da fundamentação das decisões judiciais, é necessário que sejam estabelecidos procedimentos possibilitadores da interação discursiva. Essa função será exercida pelo direito, que deve preocupar-se em garantir a todos a possibilidade de participação no processo comunicativo de formação da opinião e da vontade coletiva.

#### 4. CONCLUSÃO

Jürgen Habermas valoriza a comunicação na comunidade política e lança mão do agir comunicativo, que é aquele orientado para o entendimento.

A esfera pública representa uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, alcançado mediante a participação do povo no processo de formação da opinião e da vontade. Por conseguinte, a esfera pública corresponde ao espaço social gerado no agir comunicativo.

Habermas aponta ser essencial o cultivo de esferas públicas autônomas, bem como a maior participação das pessoas na formação da opinião, por meio da criação de procedimentos que viabilizem o discurso livre e racional – tais como plebiscitos, referendos, audiências

---

<sup>46</sup> HABERMAS J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003c, p.84.

públicas, entre outros. Logo, o fluxo comunicacional que visa o agir orientado pelo entendimento surge no bojo de um paradigma procedimental, qual seja, aquele que valoriza a participação do povo no processo de formação da opinião e da vontade.

Ademais, o filósofo alemão propõe que a todos sejam dadas as mesmas chances de expressar seus argumentos e que a comunicação esteja livre de restrições ou manipulações, para que o melhor argumento possa vir à tona.

Para Habermas, a Democracia pressupõe a existência de um discurso racional, emanado da esfera pública. Logo, enquanto não houver a efetiva valorização desse espaço social, não há que se falar em Democracia.

Assim, por ora, “no estado democrático de direito, tido como a morada de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma, o lugar simbólico de uma soberania diluída pelo discurso permanece vazio”.<sup>47</sup>

## REFERÊNCIAS

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas, ação estratégica e controle de constitucionalidade brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **15 anos de constituição: história e vicissitudes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a, p. 219-280.

\_\_\_\_\_. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.

DUTRA, Delamar José Volpato. **A dedução do princípio da democracia em Habermas**. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, ano 13, n. 51, p. 278-294, abr./jun. 2005a.

\_\_\_\_\_. **Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005b.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

---

<sup>47</sup> HABERMAS, J. 2003c, pp.187-188.

FREITAG, Barbara. **Habermas e a teoria da modernidade**. Brasília: Casa das Musas, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001a.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002a.

\_\_\_\_\_. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2002b.

\_\_\_\_\_. **Ciencia y técnica como “ideología”**. Trad. Manuel Jiménez Redondo e Manuel Garrido. 4, ed. Madri: Tecnos, 2005.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. vol. I.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c. vol. II.

\_\_\_\_\_. **Era das transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003d.

\_\_\_\_\_. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 4. ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2001b.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. 2. ed. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003e.

\_\_\_\_\_. **Racionalidade e comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

\_\_\_\_\_. **The theory of communicative action:** reason and the rationalization of society. Trad: Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1983a. vol. I.

\_\_\_\_\_. **The theory of communicative action:** lifeworld and system: a critique of functionalist reason. Trad: Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1983b. vol. II

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática.** Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

# COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

*Danillo Lima da Silva*  
*Viviane Raquel Rodrigues de Oliveira*

## COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA



# COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

## INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA DO ART. 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

**STF, RE 135328/SP, TRIBUNAL PLENO, REL. MIN. MARCO AURÉLIO,  
JULGADO EM 29/06/1994, PUBLICADO NO DJU EM 20/04/2001, P. 00137.**

*Por Danilo Lima da Silva e Viviane Raquel Rodrigues de Oliveira  
(Bacharelandos em Direito, pela Universidade Federal Rural do Semiárido –UFERSA,  
Mossoró-RN)*

No julgado em apreço, o Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento a recurso extraordinário interposto pela Procuradoria do Estado de São Paulo em face de decisão prolatada pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça Paulista, na qual foi reconhecida a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil *ex delicto*, nos termos do art. 68 do Código de Processo Penal, em favor de pais de preso que veio a falecer numa tentativa de fuga.

A recorrente alegou que exorbita a competência do Ministério Público promover a defesa dos necessitados, sendo esta atribuição da Defensoria Pública, de maneira que a decisão atacada fere os arts. 129, IX, e 134, *caput*, ambos da Constituição Federal (CF/88).

O Ministro Marco Aurélio, então relator, sustentou em seu voto, inicialmente, a ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação de ressarcimento de dano, porquanto a Constituição Federal, em seu artigo 127, conferiu ao órgão Ministerial a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não se enquadrando a reparação de dano por ato ilícito estatal em nenhuma dessas categorias, por possuir como objeto direito patrimonial disponível.

Acompanharam o entendimento do relator os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Carlos Velloso.

O Ministro Celso de Melo, por sua vez, votou pelo improvimento do recurso, aduzindo



que a proposição de ação civil *ex delicto* insere-se na esfera de atribuições institucionais do Ministério Público, consoante redação do art. 129, IX, CF/88, de maneira que o art. 68 do CPP não apresenta qualquer incompatibilidade com o regramento constitucional.

Em seguida, proferiu voto o Ministro Sepúlveda Pertence, em cuja manifestação repousa a tese que faz deste julgado marco jurisprudencial.

Alegou o Ministro que necessário é saber, à luz do art. 129, IX, CF/88, se o art. 68 do CPP foi recepcionado pela ordem constitucional vigente. Formulado o questionamento, Pertence afastou os argumentos utilizados pelos demais Ministros e invocou o conceito da inconstitucionalidade progressiva da norma para embasar sua conclusão.

A ideia de inconstitucionalidade progressiva tem origem na Corte Constitucional alemã, em 1954, como fruto do denominado processo de inconstitucionalização da lei, segundo o qual determinado dispositivo de lei, embora em consonância com a ordem constitucional em vigor, caminha para a inconstitucionalidade, em função de eventos exteriores à legislação que, tão logo verificados, retirarão da norma o *status* de constitucional. No direito germânico, era a denominada lei ainda constitucional (*es ist noch verfassungsgemäss*). Diz-se, no Brasil, norma constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade. É o caso do art. 68 do CPP, conforme explica o Ministro Sepúlveda Pertence:

Estou em que, no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado – se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente.<sup>1</sup>

O instituto é pouco utilizado no Brasil, prevalecendo os sistemas de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, nos quais se reconhece a constitucionalidade plena da norma ou, de outro modo, sua inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ou com efeitos modulados. Reconhecer, portanto, que determinado dispositivo de lei oscila entre esses dois extremos, encontrando-se, em verdade, em trânsito da constitucionalidade para a inconstitucionalidade significa grande avanço no âmbito da jurisdição constitucional.

---

<sup>1</sup> STF, RE 135328/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/06/1994, publicado no DJU em 20/04/2001, p. 00137.

Sobre o tema, preleciona o doutrinador Marcelo Novelino que se trata de técnica aplicável ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e utilizada em situações constitucionais imperfeitas, que se situam entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta, sendo concebida como alternativa de flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, a partir da ideia de que era necessário um meio termo na aferição de inconstitucionalidade, capaz de apontar situações ainda constitucionais.<sup>2</sup>

Após o voto de Sepúlveda Pertence, os demais Ministros, que antes votaram pelo conhecimento do recurso especial, retificaram seus votos, adotando a tese da inconstitucionalidade progressiva. Vale frisar, ainda, que o Ministro Néri da Silveira enriqueceu o debate trazendo a lume dados estatísticos quanto à estruturação das Defensorias Públicas no Brasil, entre os anos 1990 e 1994, os quais revelaram a precariedade da instituição e a conseqüente deficiência na prestação da assistência jurídica, defendendo o Ministério Público como legitimado para propor a ação civil *ex delicto* enquanto não estruturadas as Defensorias Públicas em todas as unidades da Federação.

No que tange ao atual cenário, a ANADEP<sup>3</sup> e o IPEA<sup>4</sup>, em março deste ano, lançaram mapa descritivo da Defensoria Pública nos estados brasileiros<sup>5</sup>. De acordo com esta pesquisa inédita, constatou-se que apenas 28% das Comarcas brasileiras dispõem do serviço da Defensoria Pública. Ou seja, das 2.680 comarcas distribuídas em todo o país, a Defensoria só está presente em apenas 754. Em alguns estados, como Goiás e Amapá, esse órgão foi sequer efetivamente implantado.

O estudo também revelou que, até o momento, 8.489 cargos de defensor público foram criados em todo o Brasil. Porém, apenas 5.054 estão providos. Por outro lado, considerando uma estimativa proporcionalmente idealizada, que seria de um defensor público para cada 10.000 pessoas com renda mensal de até três salários-mínimos, o déficit total no Brasil chega a incrível marca de 10.578 defensores públicos.

No que tocante especialmente ao quadro de Defensores Públicos Federais, até maio deste ano, o número era de apenas 481 para atender as mais de 250 seções judiciárias existentes

---

<sup>2</sup> NOVELINO, M. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 125.

<sup>3</sup> Associação Nacional dos Defensores Públicos.

<sup>4</sup> Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

<sup>5</sup> Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

em todo o país. Assim, 72% das seções não eram contempladas com a assistência direta desta função, o que, obviamente, enseja um comprometimento substancial do acesso à justiça daquele cidadão hipossuficiente<sup>6</sup>.

Ora, de acordo com a Carta Magna vigente, o acesso à justiça é direito fundamental do cidadão, quando assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>7</sup>. De igual modo, e com o devido discernimento, cuidou o legislador constituinte de garantir à Defensoria Pública o *status* constitucional de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados<sup>8</sup>. Portanto, foi o Estado incumbido de garantir a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos<sup>9</sup>.

Não obstante às disposições constitucionais supramencionadas, o Brasil caminha lentamente no que concerne ao fortalecimento deste órgão, colocando-se distante do cumprimento da ampliação do acesso à justiça, consoante dados acima esposados.

Esse lastimável quadro apenas reafirma a competência do Ministério Público para propor a ação civil ex delicto, embora esta destoe da teleologia constitucional, porquanto estabeleceu a Carta Magna instituição com o fim precípua de assistir aos necessitados em suas demandas judiciais. Mesmo após 25 anos da promulgação da Constituição Federal, não é exclusividade da Defensoria Pública a competência de que trata o art. 68 do CPP, num fenômeno que se pode chamar de **usurpação** legal – e, diante da situação –, até mesmo necessária, de competência.

Não se poderia deixar de comentar uma recente conquista da Defensoria Pública da União, que veio por meio da Emenda Constitucional nº 74, que, a exemplo das Defensorias Públicas Estaduais, passou a assegurar-lhe autonomia funcional e administrativa, além de sua iniciativa de proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias da União. Antes desta disposição constitucional, havia um paradoxo inconcebível, pois a única Defensoria sem autonomia era a da União, ficando até então subordinada ao Poder Executivo, enquanto que, em muitas ações, é responsável por litigar exatamente contra os seus órgãos para defender o cidadão.

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Gabriel Faria de. **País tem déficit grande de defensores públicos**. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2013-mai-22/gabriel-oliveira-pais-deficit-grande-defensores-publicos>>. Acesso em 18 nov. 2013.

<sup>7</sup> CF/88, art. 5º, XXXV.

<sup>8</sup> CF/88, art. 134.

<sup>9</sup> CF/88, art. 5º, LXXIV.

Embora a Defensoria Pública dos estados já possa contar com essa autonomia desde 2004, a partir da Emenda Constitucional nº 45, e, mesmo assim, ainda persistir um *déficit* preponderante em quase todos os estados, espera-se que com o advento desta autonomia para a Defensoria Pública da União, esta, por sua vez, consiga uma maior e melhor estruturação e seu conseqüente fortalecimento, para que, num caminho programático e progressivo mais célere, possa arrematar para si a competência de, mediante requerimento, promover a execução da sentença condenatória ou a ação civil quando o titular do direito à reparação do dano for hipossuficiente, nos termos da lei.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2013.

**Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em:<<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, julho/agost/setembro, 2009. Disponível em<<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/controlededeconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 125.

OLIVEIRA, Gabriel Faria de. **País tem déficit grande de defensores públicos**. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2013-mai-22/gabriel-oliveira-pais-deficit-grande-defensores-publicos>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

**Supremo Tribunal Federal**. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 17 nov. 2013.



# RESENHA

*Danillo Lima da Silva*  
*Jéssika Maria Holanda Guimarães*



## RESENHA

TUCCI, ROGÉRIO LAURIA. **DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**. 3ª ED. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, 393 P.

*Por Danilo Lima da Silva<sup>1</sup>*

*Jéssika Maria Holanda Guimarães<sup>2</sup>*

*Ius puniendi* é o poder-dever de punir do estado como decorrência de fato penalmente relevante (antijurídico, típico e culpável); trata-se de um meio – que é exclusivo do Estado –, que objetiva restaurar a ordem jurídica, restabelecer a paz social, reprimir a conduta que viola bem juridicamente tutelado, direitos individuais e a harmônica vivência comunitária. Esse monopólio estatal não se vê excepcionado sequer nos casos de legítima defesa ou nas ações penais privadas, uma vez que conta com a limitação da tipificação do “exercício arbitrário das próprias razões”. O *ius puniendi* do Estado não é auto executável, mas de coação indireta, pois necessita do *due process of law*. A persecução penal, por sua vez, trata-se do poder-dever do Estado de promover a perseguição do indigitado autor da infração penal, consistindo, portanto, na atuação de agentes estatais com o intuito de verificar a existência material da infração e da culpabilidade de seu autor. São escopos do processo penal a jurisdicionalização da sanção penal (*ius puniendi* e *ius psequendi*) e afirmação do *ius libertatis* – convergentes para a efetivação do Direito Penal Material.

A lei processual penal é resultante da composição entre a segurança e a justiça, pois é um instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral, uma vez que impõe normas que impedem que ele seja entregue ao arbítrio das autoridades processantes. Os objetivos do processo penal são tutela da liberdade jurídica do indivíduo e garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes em detrimento de sua estrutura. Ao processo penal é irrelevante o conceito de lide, uma vez que não há pretensão resistida/insatisfeita, os interesses são impessoais. Para Fernando Luso Soares, no processo penal

---

<sup>1</sup> Bacharelado em Direito, 10º período, pela Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Mossoró/RN.

<sup>2</sup> Bacharelada em Direito, 10º período, pela Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Mossoró/RN.



não há pretensão, mas sim, uma controvérsia entre o Ministério Público e o imputado.

O autor elenca as características do processo penal, a saber: 1 – Inquisitividade dirigida à apuração da verdade material, ou atingível; 2 – Acusatoriedade especificada ao procedimento da segunda fase da persecução penal; 3 – Contraditoriedade real e indispositiva. Faz-se imprescindível o contraditório efetivo, real, que é um direito indisponível; tal como a plenitude de defesa técnica. O direito à tutela jurisdicional do Estado é conferido indistinta, incondicionada, genérica e abstratamente: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc XXV da Constituição Federal). Já que o Estado tem o monopólio do *ius puniendi*, em contrapartida, deve ser garantido ao membro da comunidade o direito de invocar prestação jurisdicional (direito subjetivo material, público). O processo é uma garantia constitucional à efetivação do direito à jurisdição. O Estado, que tem o dever de prestá-la, ocupa uma posição jurídica passiva; enquanto o autor, que tem a *facultas agendi*, ocupa uma posição jurídica ativa, desde que exercite o seu direito de ação.

O **devido processo penal** é especificado nas seguintes garantias: a) de acesso à justiça penal; b) do juiz natural; c) de tratamento paritário; d) da plenitude de defesa; e) da publicidade dos atos; f) da motivação dos atos decisórios; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo; h) da legalidade da execução penal. Três postulados básicos orientam o processo penal: inadmissibilidade de sujeição à persecução criminal sem que tenha ocorrido fato típico, antijurídico e culpável e haja, correlatamente, indício de autoria; a jurisdicionalização da imposição de pena ou de medida de segurança; e a vedação de realização satisfativa do *ius puniendi*, provisória ou definitivamente, antes de transitada em julgada sentença condenatória.

Com fulcro no artigo 5º da Carta Magna, Tucci passa a discorrer a respeito das garantias e direitos constitucionais assegurados ao indivíduo no campo processual penal.

No que tange à garantia de **acesso à justiça criminal** (art. 5º, LXXIV e LXXVII, CF/88), menciona-se assistência jurídica gratuita aos necessitados. A gratuidade abrange todos os atos do procedimento (em todas as instâncias), desde a iniciação da *persecutio criminis* até o trânsito em julgado. Em alguns casos, a jurisprudência contemplou a pessoa jurídica no conceito de necessitado. Impossibilitada a Defensoria Pública, o advogado indicado deve patrocinar a causa ou atuar defensivamente em favor de pessoa necessitada, com direito aos honorários, consistindo a recusa injustificada numa infração disciplinar.

A assistência gratuita também deve ser prestada por profissional devidamente habilitado, capaz de reequilibrar o contraditório e tutelar o interesse (paridade de armas). A defesa técnica não pode dispensar a autodefesa (aquela é obrigatória e esta, facultativa, consistindo na participação do acusado em vários atos processuais e na presença àqueles que se realizam *coram populo*). Somente no caso de impetração de *habeas corpus*, é que outra pessoa, mesmo não habilitada, porém apta, poderá peticionar em favor de outrem.

A efetividade da garantia de assistência de advogado ao preso – nela também compreendida a consultoria técnica preventiva – deve ocorrer desde a fase pré-processual (investigatória), pois a assistência deve ser dada não só ao preso, mas ao acusado em geral, como ao indiciado, durante o desenrolar da *informatio delicti*, concedendo (ao advogado) meios para impugnar qualquer ato arbitrário da autoridade policial.

A garantia do **juiz natural** (art. 5º, XXXVII, XXXVIII e LIII, CF/88) vem assegurar o julgamento por um órgão jurisdicional competente pré-constituído, dito autêntico, porque foi legítima e regularmente investido no exercício da jurisdição penal, gozando das garantias inerentes ao seu cargo (vitaliciedade, independência política e jurídica, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos). Deve prevalecer a máxima *tempus criminis regit iudicem*: a competência é determinada pela organização judiciária preexistente à prática da infração penal. O juiz natural se contrapõe não a juízo especial (ex.: eleitorais), mas a juízos de exceção, não se incluindo a prorrogação de competência e as modificações imediatamente aplicáveis, os desaforamentos e as substituições previstas em lei.

O autor comenta, ainda, acerca da garantia de **tratamento paritário** dos sujeitos parciais do processo penal (art. 5º, *caput* e I, CF/88). A Igualdade repousa na identidade de situação jurídica em que todos se postam, tendo de se considerar as diversidades existentes entre os homens, pois o tratamento da lei é igual para os homens nas mesmas condições. A Isonomia processual reclama que aos sujeitos parciais sejam concedidas as mesmas armas, a fim de que tenham idênticas chances de reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito em questão. Nesse sentido, impõe-se ao intérprete a possibilidade do estabelecimento, no plano fático, de alguma distinção entre os integrantes da comunidade, para objetivar a concretização do tratamento diferenciado entre as partes processuais. Primeiro, deve-se verificar se as partes estão em situações desequilibradas; e, considerada a desigualdade, estabelecer meios e instrumentos apropriados à determinação do indispensável equilíbrio.

A paridade de armas se manifesta com a defesa técnica, que, além de formal, deve ser efetiva e é constituída a partir da instauração de inquérito. São três as realidades

procedimentais da concepção moderna de **ampla defesa** (art. 5º, LV e LVI, CF/88): I- o direito à informação, considerado desde o início da *persecutio criminis* e implica no direito à citação válida – mencione-se que a defesa do acusado se constitui em defesa técnica (pressuposto processual penal de validade) e autodefesa (facultativa); II- a bilateralidade da audiência, necessária à concretude da ampla defesa e do contraditório, implicando na necessidade de que todo acusado tenha o seu defensor e que tenha conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam (veda o processo secreto); bem como para que as provas sejam debatidas, permitindo que outras sejam apresentadas; e III- o direito à prova legitimamente produzida ou obtida, segundo o qual o acusado não pode sofrer limitação em sua atividade probatória.

Saliente-se que as limitações à produção de provas consideradas ilícitas devem ser necessariamente taxativas e expresas. Todavia, se o acusado não participou na produção ilícita da prova, poderá dela fazer uso, ainda mais se o direito de defesa for, proporcional e constitucionalmente falando, superior ao direito violado para tal produção probatória.

É uma determinante da validade dos atos processuais a sua **publicidade** (art. 5º, LX, CF/88), importante não só para o acusado ter a segurança de um iter procedimental escoreito de qualquer vício, mas também para que a sociedade possa formar sua opinião sobre a retidão dos órgãos judiciais. Nesse sentido, é uma garantia para o acusado e também para o juiz (diminuição de erros judiciários). A publicidade encontra regulamentação constitucional e legal, nos arts. 5º, LX e 93, IX da CF e art. 792 do Código de Processo Penal. Cabe ressaltar que a publicidade restrita só pode ocorrer mediante lei e em apenas três situações, a saber, a) exigência do interesse público, para evitar escândalo, inconveniente grave, ou perigo de perturbação da ordem; b) exigência do interesse social, visando à proteção da eficácia da jurisdição, em prol segurança e bem-estar da coletividade; e c) defesa da intimidade, para proteger a intimidade das pessoas, de qualquer modo envolvidas numa persecução criminal.

A liberdade do juiz no seu julgar não é ilimitada, pois encontra na necessidade de fundamentação o seu preço. O **dever de motivar** (art. 93, IX, CF/88) é uma garantia política, por meio do qual o juiz presta conta de sua atuação, pois os destinatários não se limitam às partes envolvidas no processo, mas se estendem à opinião pública. Nesse sentido, é nula a sentença que não contém todas as indicações do art. 381 do CPP, entre os quais, constam: a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e; a indicação dos artigos de lei aplicados. Por outro lado, os despachos prescindem de motivação.

A primeira e natural exigência é que haja prazo fixado em lei para a prática dos atos processuais de todos os envolvidos, e, não havendo determinação específica, deve a lei prever um prazo genérico, aplicável aos casos omissos, o qual deve ser um prazo condizente com a necessidade da atividade a ser realizada. A **duração razoável do processo** (art. 5º, LXXVIII, CF/88) é pressuposto da tutela judicial efetiva e deve ser proporcional à sua complexidade. No processo penal, a duração razoável visa à minimização das consequências psicológicas, sociais, processuais e pecuniárias causadas ao indivíduo nele envolvido.

A partir do Iluminismo, o ditame da **legalidade** adquiriu foros de real expressão política, traduzindo-se em um instrumento de garantia dos direitos do homem. No Direito Penal material, pressupõe a exigência de lei penal escrita, anterior, certa e estrita; no processo penal, decorre da necessidade da contenção do arbítrio judicial, tal como um instrumento de garantia ao cidadão. O sistema penal é um sistema fechado, tendo como fonte exclusiva a lei. O Ditame da legalidade incide sobre quaisquer sanções, e exige, além da prévia definição, a sua prévia duração (art. 5º, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, XL e LXXV, CF/88).

A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (**irretroatividade da lei penal** – art. 5º, XL, CF). Nesse sentido, pode-se dizer que há leis inofensivamente retroativas, leis legitimamente retroativas, e até necessariamente retroativas. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior não defina como crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. A lei posterior que favorecer o agente aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

A **personalização da sanção penal** (art. 5º, XLV, CF/88) consiste em a pena ou medida de segurança estabelecida na sentença condenatória ser infligida exclusivamente ao condenado, sem qualquer extensão subjetiva; de modo que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Podem, contudo, a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bem ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores até o limite do patrimônio transferido. A individualização da apenação, por sua vez, trata-se da regulamentação da adaptação da pena ao condenado, consideradas as características da infração praticada e de sua personalidade.

No tocante às medidas cautelares penais alusivas à situação processual do imputado – a prisão provisória e a liberdade provisória, com ou sem fiança –, o indivíduo somente poderá ser preso quando estiver cometendo crime ou contravenção, ou em decorrência de

ordem escrita e devidamente fundamentada de autoridade judiciária competente; e, ainda assim, só será efetivamente levado à prisão, ou nela mantido, quando não tiver direito à liberdade provisória, com ou sem prestação de fiança.

Prisão provisória é aquela efetuada no transcorrer da persecução penal, precedentemente ao proferimento de sentença definitiva, ou até que ela se torne irrecorrível. Trata-se, por isso, de uma providência cautelar, fundada na necessidade de chegar a uma solução correta e justificada como exigência do bem comum. A liberdade provisória trata-se de um estado de liberdade limitada pelos escopos do processo penal. Trata-se de medida preventiva, de natureza cautelar (denominada, equivocadamente, de contracautelar) e caráter revogável, sujeita a variadas condições resolutórias.

Preceituações constitucionais e infraconstitucionais atinentes à reafirmação do *status dignitatis* do indivíduo: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. A Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execuções Penais asseguram a **integridade física e moral do preso** (III e LXIV, art. 5º, CF/88), independentemente da gravidade do crime cometido.

O **direito à identificação do responsável pela prisão** ou pelo interrogatório policial é decorrência óbvia da garantia de preservação à integridade física e moral. Embora o preceito se refira a preso, estende-se ao indiciado e ao investigado; o intuito é coibir os excessos das autoridades policiais e seus agentes, possibilitando a responsabilização por abuso de poder na efetuação da prisão ou no interrogatório.

No que se refere ao **direito à assistência da família** (LXIII, art. 5º, CF/88), são dois objetivos: certificar familiares e/ou amigos acerca do paradeiro do detido; e permitir que este obtenha deles a assistência e o apoio necessários. Em regra, tal direito refere-se à da prisão em flagrante. No mesmo dispositivo, tem-se o **direito à assistência de advogado**, trata-se de: a) extensão da garantia constitucional ao investigado e ao indiciado; b) contraditoriedade na investigação criminal (atuação do defensor do indiciado no inquérito policial). Há doutrinadores que defendem que na investigação criminal não há lugar para contraditório, mas somente para a ampla defesa. Todavia, a ampla defesa reclama a contraditoriedade. Há obrigatoriedade de informar ao preso/acusado/indiciado sobre os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (**direito a não autoincriminação e ao silêncio** – LXIII, art. 5º, CF). Em sede penal, o silêncio deve ser entendido como prova negativa da imputação.

A consagração constitucional do regramento consiste na assegução, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevivendo, então, a coisa julgada de autoridade relativa, nos termos do inciso LVII, art. 5º da CF, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se, também, de uma imposição ao juiz para que só condene o imputado, quando houver certeza de sua prática delituosa.

O **princípio da não-culpabilidade** deve ser aplicado independentemente do imputado ser primário ou não, possua ele ou não bons antecedentes, cujo critério norteador – pode-se dizer, o único –, reside no fenômeno processual denominado trânsito em julgado.

É inadmissível a determinação de inscrição do nome do pronunciado ou provisoriamente condenado no rol dos culpados. Discorre o CPP, no art. 6º, III: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”. Tal medida é vexatória ao cidadão indiciado, presumidamente inocente, não se justificando no caso em que já se acha ele identificado no lugar do fato. A discussão culminou na Súmula 568 do STF: “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido civilmente identificado”. O princípio da necessidade norteará a aplicação desta súmula, somente cabível quando houver dúvida à identidade física do indiciado. Frise-se que enquanto não houver lei que defina as ressalvas previstas pelo próprio preceito constitucional, deve prevalecer a não identificação criminal do civilmente identificado (**insubmissão à identificação criminal** – LVIII).

A súmula nº 9 do STJ diz: “a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. É importante destacar que a regra é pelo direito de recorrer em liberdade (**inadmissibilidade de prisão e direito à liberdade provisória** – LXI e LXVI), sendo exceções os casos em que a prisão se faz necessária.

O autor se debruça, ainda, sobre as atuações judiciais integrantes da jurisdição penal constitucional das liberdades, a saber, habeas corpus e mandado de segurança. Conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (Art. 5º, LXVIII). Trata-se de um instituto de Direito Processual Constitucional, cuja finalidade é proteger a liberdade de locomoção. Nesses termos, reconhece-se que o *habeas corpus*

tem natureza jurídica de ação determinante da formação de processo, exteriorizado em procedimento sumaríssimo, bem como pela prestação jurisdicional pleiteada pelo impetrante. O **mandado de segurança**, por sua vez, tem como objetivo tutelar a liberdade civil, com exceção da de locomoção, visando, especificamente, à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abuso de agente do Poder Público, ou a ele equiparado, responsável pela sua efetuação. Afigura-se indiscutível o cabimento do mandado de segurança em sede penal. Conforme o teor do art. 5º, LXIX, da CF, a sua natureza jurídica é de ação – ação de mandado de segurança, de conhecimento, predominantemente constitutiva, e determinante da formação de processo de cognição, materializado, também, em procedimento sumaríssimo.

Por derradeiro, Tucci explana sobre as **atuações judiciais de caráter reparatório**, cuja previsão constitucional se encontra no art. 5º, LXXV, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Daí decorrem duas previsões: a determinante de verificação de julgamento penal errado ou injusto; e a concernente à responsabilidade civil do Estado, não só por erro, mas também por excesso temporal da prisão. O erro judiciário é verificado mediante revisão criminal da sentença condenatória formalmente transitada em julgado, limitada a situações de julgamentos desfavoráveis ao réu. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado, tendo este o direito de regresso contra o servidor que, tendo descuidado de suas obrigações, ocasionou o alongamento da prisão (art. 37, § 6º, CF/88). Não somente o erro é indenizável, mas o injusto também. A previsão é extensiva aos casos de prisão cautelar injusta, a exemplo de quando o preso provisoriamente vier a ser absolvido.

# ORIENTAÇÕES PARA AUTORES





# ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

A Revista da Defensoria Pública da União, editada pela Defensoria Pública da União desde 2009, publica trabalhos inéditos sobre temas afetos à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à Justiça. Os artigos passam por análise prévia e sumária, oportunidade em que são avaliados aspectos meramente formais, como a compatibilidade do conteúdo com a temática proposta pelo periódico, e posterior avaliação cega por pares.

## **Linha Editorial**

A temática sobre a qual se debruçam os autores desta Revista é bastante ampla, porém há de se ressaltar que a sua especificidade se verifica na abordagem das mudanças inscritas no Direito contemporâneo, nas práticas jurídicas, além das peculiaridades da atual sociedade de consumo, marcada pela acelerada exclusão, pelo individualismo exacerbado e, ao mesmo tempo, permeada pelo avançado desenvolvimento tecnológico.

Por força da complexidade dessas transformações, a linha editorial da Revista incentiva uma abordagem transdisciplinar e crítica da temática proposta, a qual deverá criar condições para uma interlocução do discurso jurídico com os discursos sociológicos, filosóficos, historiográficos, economicistas, da ciência política e vice-versa. Da mesma forma, incentiva, por meio das resenhas, a divulgação de textos acadêmicos de relevância, por vezes inacessíveis a muitos porque existentes apenas em língua estrangeira. Por fim, objetiva, ainda, acompanhar a evolução da jurisprudência pátria, por meio da análise de julgados relevantes e afins à proposta temática.

## Submissão de trabalhos

Os artigos, resenhas e comentários à jurisprudência devem ser inéditos, escritos em português, espanhol, francês, italiano ou inglês. Deverão ser enviados para o correio eletrônico: **revista.esdpu@dpu.gov.br**.

Os **artigos** devem conter de 15 a 25 laudas. Textos mais extensos serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem conter até 7 laudas e os **comentários à jurisprudência**, até 5 laudas; e devem apresentar: cabeçalho com referência da obra original ou do julgado e nome do autor. Não precisam ser precedidos de resumo.

## Formatação

Os artigos deverão ser encaminhados com as seguintes regras de formatação:

- Editor de texto: **Word for Windows**;
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 13, para notas de rodapé e citações longas, tamanho 11**;
- Espaçamento: **1,5cm (entre linhas)**;
- Alinhamento: **justificado**.

## Texto

- A primeira página do artigo deve conter:
- Título, em fonte maiúscula, negrito e centralizado (português e inglês);
- Resumo em português, de 100 a 250 palavras, alinhamento justificado;
- Palavras-chave: até 5 palavras, alinhamento justificado;
- Abstract: resumo traduzido para o inglês (de 100 a 250 palavras), alinhamento justificado.
- Keywords: até 5 palavras traduzidas para o inglês.
- Sumário: seções numeradas progressivamente em algarismos arábicos.

## Citações, Notas de Rodapé e Referências

Devem seguir as normas da ABNT (NBR 10520 e 6023). As referências no corpo do texto deverão ser no modelo nota de rodapé. O sistema autor-data não será aceito.

## **Informações complementares**

Todas as normas que regem a publicação encontram-se disponíveis no site da Defensoria Pública da União - [www.dpu.gov.br/esdpu/revista](http://www.dpu.gov.br/esdpu/revista) -, na seção “Orientações para autores”. Na mesma seção, há também modelos de artigo, resenha e comentário à jurisprudência a título de exemplificação. Outras informações podem ser obtidas junto à Divisão de Gestão do Conhecimento pelo e-mail **revista.esdpu@dpu.gov.br**.

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

