

7

ISSN: 1984-0322

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



ESCOLA  
SUPERIOR

Janeiro/Dezembro de 2014  
Brasília/DF

Nº 7

ISSN: 1984-0322

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
ESCOLA SUPERIOR

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Janeiro/Dezembro de 2014

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

**Defensor Público Federal de Primeira Categoria**

Ricardo Russel Brandão Cavalcanti

**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. 7 janeiro/dezembro de 2014

Brasília, DF

ISSN 1984-0322

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 7	p. 1-376	jan/dez. 2014
---------------------------	--------------	------	----------	---------------

© 2014 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.

**Coordenação, distribuição e informações:**

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – ESDPU

Setor Comercial Sul, Quadra 02, Bloco C, nº 256

Edifício Toufic – 6º andar

CEP: 70.302-000, Brasília – DF

Tel.: (61) 3105-7316

Homepage: [www.dpu.gov.br/esdpu](http://www.dpu.gov.br/esdpu)

E-mail: [revista.esdpu@dpu.gov.br](mailto:revista.esdpu@dpu.gov.br)

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

Arcênio Brauner Júnior - Diretor

Ana Paula Villas Boas – Vice-Diretora

**Conselho Editorial:**

**Conselheiros Endógenos:**

Érica de Oliveira Hartmann - Editora-Chefe

Estevão Ferreira Couto

João Freitas de Castro Chaves

João Paulo de Campos Dorini

**Conselheiros Exógenos:**

Alexandre Morais da Rosa

Artur Stamford da Silva

Clarisse Marques da Cunha

Clayton de Albuquerque Maranhão

Cleber Francisco Alves

Guilherme Roman Borges

**Capa e Diagramação:**

Elder Galvão

**Normalização das pré-textuais:**

Márcia Cristina Tomaz de Aquino

Renata Gameleira da Mota

Vanessa Kelly Leitão Ferreira

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – N. 7 (jan./dez.2014)- . – Brasília :  
DPU, 2014- .  
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>Arcênio Brauner Júnior</i>	7
<hr/>	
<b>Editorial</b> <i>Érica de Oliveira Hartmann</i>	9
<hr/>	
<b>A importância da atuação da Defensoria Pública da União aos solicitantes de refúgio em território brasileiro: garantia de efetividade ao princípio do <i>non-refoulement</i></b> <i>Carina de Oliveira Soares</i>	11
<hr/>	
<b>Política criminal <i>versus</i> política migratória: um debate incipiente no Brasil</b> <i>Ana Luisa Zago de Moraes</i>	33
<hr/>	
<b>Da legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de demandas pela prática de atos de improbidade administrativa</b> <i>Alexandre de Moraes Saldanha</i>	55
<hr/>	
<b>(Ainda) sobre o lugar do Ministério Público na sala de audiências: processo penal e o embate tradição vs. Constituição</b> <i>Caio Cezar de Figueiredo Paiva</i>	77
<hr/>	
<b>Estado Social e Defensoria Pública</b> <i>Wilton Resplande Carvalho</i>	95
<hr/>	
<b>O foco na estrutura básica da sociedade e a crítica ao dualismo de John Rawls</b> <i>Daniel Chiaretti</i>	121
<hr/>	
<b>Influências midiáticas nas decisões dos magistrados criminalistas</b> <i>Mariane Isabel dos Santos</i>	139
<hr/>	
<b>O Direito Penal e o controle de violência juvenil: uma análise a partir das teorias funcionalistas</b> <i>Aruani Kindermann Lapolli e Airto Chaves Junior</i>	159
<hr/>	
<b>A Justiça Restaurativa e sua implantação no Brasil</b> <i>Camila Ungar João e Eloisa de Sousa Arruda</i>	187
<hr/>	

---

**Universalidade discriminatória do sufrágio: porque os presos devem votar** 211  
*Gabriela Cunha Ferraz e Renata Oliveira*

---

**Discriminação da pessoa com base em suas informações genéticas e a proteção ao sigilo do patrimônio genético pessoal** 235  
*Maysa Amanda Aquino do Bú*

---

**Aposentadoria do professor do ensino básico no Regime Geral de Previdência Social: inconstitucionalidade da incidência do fator previdenciário no cálculo do benefício** 263  
*Ivana Souto de Medeiros*

---

**Responsabilidade do Estado em face de políticas públicas ofensivas aos direitos fundamentais: internação de pacientes com transtorno mental** 291  
*Wallace Feijó Costa*

---

**A atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba na defesa e garantia dos direitos sociais** 315  
*José Antonio Cordeiro de Oliveira, Elenilze Josefa Diniz e Marcelo Alves Pereira Eufrásio*

---

#### COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

**STJ, REsp 1189608/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/10/2011, publicado no DJe 21/03/2012** 345  
*Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira*

---

**Tribunal de Justiça do Acre, Liminar em Ação Civil de Improbidade Administrativa N.º 0700147-09.2013.8.01.0007, Vara Única – Cível da Comarca de Xapuri, Juiz de Direito Luis Gustavo Alcalde Pinto, julgado em 13/06/2013** 353  
*Erik Palácio Bosen*

---

**STJ, REsp 1199715/RJ, Corte Especial, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 16/02/2011, publicado no DJe 12/04/2011** 361  
*Felipe Silva Noya*

---

#### RESENHA

**PACELLI, Eugênio de Oliveira. Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012, 194 p.** 369  
*Danilo Lima da Silva e Viviane Raquel Rodrigues de Oliveira*

# APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que entregamos à carreira de Defensores Públicos Federais e à sociedade brasileira o volume nº 7 da Revista da Defensoria Pública da União.

Passamos, nos últimos anos, por um processo de evolução institucional muito grande, no que concerne à Defensoria Pública Federal, que, além da obtenção da tão sonhada autonomia, galgou importantes degraus no que concerne às prerrogativas institucionais obtidas em sede de Emenda Constitucional nº 80/2014.

E, neste cenário de avanço institucional, também evoluiu nosso periódico que, seguindo o brilhante trabalho desenvolvido nas gestões anteriores da Escola Superior da Defensoria Pública da União, fortaleceu medidas de qualificação com foco de melhor servir à carreira de Defensores Públicos Federais, bem como às finalidades institucionais do Órgão.

Trilhando essa senda, um dos pontos principais de nossa condução da Escola Superior reside no fortalecimento do Conselho Editorial, que, contando com Juristas de consagrada qualidade, tanto no plano exógeno, como dentre os colegas da carreira, fornece-nos a segurança da seleção adequada de trabalhos a fim de espelhar preocupações ideológicas correlacionadas às atividades diárias dos Defensores Públicos Federais por todos os rincões de nosso País.

Tal busca de excelência tem resultado na obtenção de trabalhos jurídicos de cada vez maior qualidade, dentre os quais entregamos uma pequena seleção para a leitura e aprendizado de nosso público leitor.

Todavia, entendemos que ainda há caminho a avançar, razão pela qual estamos revisando, para os próximos volumes, tanto os critérios editoriais utilizados, bem como procedimentos de atração e seleção de trabalhos jurídicos, a fim de que possamos solidificar nossa posição de periódico jurídico no universo acadêmico brasileiro.

**Arcênio Brauner Júnior**

Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União



## EDITORIAL

A cada dia mais se comprova a necessidade de aproximação entre a academia e a prática diária de prestação de assistência jurídica, não só aos economicamente hipossuficientes, mas para todos.

É certo que tal necessidade é intuída por muitos, mas também é certo que se tem solidificado com o passar do tempo: com mais freqüência se ouve sobre a formação da consciência de que os fundamentos teóricos são extremamente necessários para a boa prática do Direito, não mais bastando, há muito, apenas a experiência prática. Deixe-se claro que o que é necessário é a conjugação entre os estudos teóricos e a prática, não interessando tais elementos dissociados.

Notadamente na atuação prática específica da Defensoria Pública da União, seja na base com a 2ª categoria, seja mesmo nos Tribunais, com a 1ª categoria e com a categoria especial, tem-se noticiado e vivenciado notáveis discussões jurídicas no âmbito judicial e extrajudicial, que nasceram de constatações problemáticas da prática e que receberam o tratamento teórico adequado a ponto de justificar grandes teses em prol dos assistidos (veja-se, por exemplo, toda a recente discussão sobre a audiência de custódia ou mesmo sobre a concessão de visto para os estrangeiros que cumprem pena no Brasil).

Tudo isso serve como mais um motivo a justificar a importância da Revista da Defensoria Pública da União, visto que instrumento hábil de propagação e discussão acadêmica não apenas destinada às questões teóricas e abstratas do Direito, mas sim, respeitando a linha editorial proposta, meio de concretização dessa conjugação imprescindível entre a prática e a teoria.

Felizmente, ao menos desde 2012, tem-se verificado um crescente interesse dos membros da carreira e também de pessoas de fora em publicar seus trabalhos no periódico da Defensoria e, ainda, não só se percebeu um acréscimo de quantidade, mas também na qualidade dos trabalhos enviados para análise. Tal postura reflete, como dito acima, que há sim um aumento da conscientização sobre a necessidade da qualificação técnica para a boa prática do Direito.

Parabenizo a todos os que enviaram trabalhos para análise desse número da Revista da Defensoria Pública da União!

Boa leitura a todos!

**Érica de Oliveira Hartmann**

Editora-Chefe da Revista da DPU (2012-2014)



A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA  
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA  
PROTEÇÃO AOS SOLICITANTES DE  
REFÚGIO EM TERRITÓRIO BRASILEIRO:  
GARANTIA DE EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO  
DO *NON-REFOULEMENT*

---

*Por Carina de Oliveira Soares*



# A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA PROTEÇÃO AOS SOLICITANTES DE REFÚGIO EM TERRITÓRIO BRASILEIRO: GARANTIA DE EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT*

*Carina de Oliveira Soares*

*(Advogada. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas/UFAL)*

## RESUMO

O instituto internacional do refúgio é de extrema relevância, pois visa garantir proteção de forma ampla a pessoas que se encontram em situação bastante vulnerável. O Brasil assumiu o compromisso internacional de proteção aos refugiados ao ratificar a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados, além de ter adotado uma lei específica para tratar da questão, a Lei 9.474/97. Para garantir efetividade à proteção aos refugiados, faz-se necessário observar o princípio do *non-refoulement*, direito fundamental de não ser devolvido ao país em que sua vida ou liberdade esteja sendo ameaçada. Neste ponto o presente artigo terá como objetivo analisar a importância da atuação da Defensoria Pública da União na proteção aos solicitantes de refúgio, os quais, na sua grande maioria, não possuem conhecimento sobre as leis nacionais, nem condições financeiras para contratar um advogado para a sua defesa; como consequência, acabam presos e deportados sem qualquer assistência jurídica prévia, em flagrante violação ao direito fundamental de acesso à justiça, aos direitos fundamentais de proteção da pessoa humana e às normas internacionais de proteção ao refúgio, adotadas pelo Brasil.

**Palavras-chaves:** Refúgio. Princípio do *non-refoulement*. Assistência Jurídica.

## **ABSTRACT**

The International Institute of refuge is extremely important, as it aims to ensure protection broadly to people who are in a very vulnerable situation. The Brazil international is committed to refugee protection to ratify the 1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, and has adopted a specific law to address the issue, Law 9.474/97. To ensure effective protection to refugees, it is necessary to observe the principle of non- refoulement, the fundamental right not to be returned to the country where their life or freedom is being threatened. At this point this article will aim to analyze the importance of the role of the Ombudsman of the Union in protecting asylum seekers who, for the most part, do not have knowledge of national laws, nor afford to hire a lawyer to his defense, as a consequence, are arrested and deported without any legal assistance prior, in flagrant violation of the fundamental right of access to justice, protection of fundamental rights of the human person and to international norms protecting the refuge adopted by Brazil.

**Keywords:** Refuge. Principle of non-refoulement. Legal Assistance

## **SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO 2. O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS 3. A REALIDADE DA PROTEÇÃO NACIONAL AOS SOLICITANTES DE REFÚGIO 4. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA PROTEÇÃO AOS SOLICITANTES DE REFÚGIO 5. ATUAÇÃO CONCRETA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM ALAGOAS NA PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS 6. CONCLUSÕES

## 1. INTRODUÇÃO

O refugiado é definido pela Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiado como a pessoa que, em razão de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar ao seu Estado.

Os refugiados são forçados a fugir de seu país de origem em virtude de um receio maior quanto a sua vida e liberdade e, em grande parte das situações, essas pessoas se vêem obrigadas a abandonar a sua casa e a sua família na busca de um futuro incerto em um outro Estado.

Entre os direitos garantidos à pessoa do refugiado destaca-se o direito fundamental de não ser devolvido ao país em que sua vida ou liberdade esteja sendo ameaçada. Tal direito constitui um princípio geral do direito internacional de proteção dos refugiados e dos direitos humanos, princípio do *non-refoulement* (não devolução).

O Brasil comprometeu-se com a proteção aos refugiados, tanto através da ratificação dos instrumentos internacionais de proteção ao refúgio, quanto pela adoção de uma lei específica para tratar da temática – Lei 9.474.97.

Na referida Lei há previsão específica da atuação da Polícia Federal junto aos refugiados, posto que, como regra, será através deste órgão que os solicitantes de refúgio terão seu primeiro contato com alguma autoridade em território brasileiro e a oportunidade de narrar a sua situação e solicitar o refúgio.

Esse momento inicial da chegada do solicitante de refúgio ao país é de extrema importância, uma vez que definirá o destino, o que envolve muitas vezes o próprio direito à vida, destas pessoas.

O presente artigo tem como objetivo analisar a atuação da Defensoria Pública na proteção aos solicitantes de refúgio.

Como instituição criada especialmente com o fim de garantir assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, a todos que comprovarem insuficiência de recursos e que tem como objetivo a primazia da dignidade da pessoa humana e a prevalência e efetividade dos direitos humanos, a atuação da Defensoria Pública da União junto aos solicitantes de refúgio hipossuficientes é imprescindível para a garantia do refúgio e do princípio fundamental que rege

esse instituto que é o princípio do *non-refoulement*.

O presente trabalho inicia-se apresentando o Direito Internacional dos Refugiados e os princípios fundamentais que regem esta temática.

Posteriormente o artigo propõe uma análise geral e concreta da proteção nacional conferida às pessoas que chegam ao território nacional e necessitam da proteção do refúgio.

A partir de então, tratará da importância da Defensoria Pública da União como uma instituição indispensável para a garantia de uma efetiva proteção aos solicitantes de refúgio no Brasil e, como consequência, para o cumprimento das obrigações internacionais de proteção ao refúgio assumidas pelo Brasil e das garantias fundamentais de proteção à pessoa humana previstas na nossa Constituição Federal de 1988.

Ao fim, o trabalho realizará uma análise concreta da atuação da Defensoria Pública da União em Alagoas na busca pela efetivação da proteção aos solicitantes de refúgio e ao direito fundamental de acesso à justiça.

## 2. O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

Conforme definição apresentada no Glossário do Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH), migrante é “toda pessoa que se transfere de seu lugar habitual, de sua residência comum para outro lugar, região ou país<sup>1</sup>”.

As migrações são, hoje, amplas, diversificadas e muitas vezes dramáticas. Os motivos que levam uma pessoa a migrar do seu país de origem para outro lugar, de forma voluntária ou involuntária, são diversos: guerras, perseguições, violações de direitos, violência, calamidades, grandes tragédias. Mais recentemente, em razão da globalização, são ainda causas que impulsionam a migração: o desemprego, a desorganização da economia do país de origem e os desequilíbrios socioeconômicos<sup>2</sup>.

Quando se verifica que a migração foi motivada por uma perseguição em razão da raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social ou por opinião política, levando

---

<sup>1</sup> IMDH. Instituto de Migrações e Direitos Humanos. Glossário. Disponível em: [www.migrante.org.br/IMDH/ControlConteudo.aspx?area=90211527-9d7f-4517-a34c-84ae25cdabac](http://www.migrante.org.br/IMDH/ControlConteudo.aspx?area=90211527-9d7f-4517-a34c-84ae25cdabac). Acesso em: 26 de maio de 2011.

<sup>2</sup> PEREIRA, Luciana Diniz Durães. O Direito Internacional dos Refugiados e o uso da terminologia “refugiado ambiental”, p. 16. Disponível em: [www.cedin.com.br](http://www.cedin.com.br). Acesso em: 23 de junho de 2011.

o indivíduo a abandonar o seu país de origem, a sua casa e a sua família na busca de asilo em um outro país, tem-se a figura do refugiado:

A situação dos refugiados e refugiadas é, sem dúvida, uma das mais precárias a que fica sujeito o ser humano. Extremamente vulnerável, distante de tudo o que habitualmente sustenta as relações e a estrutura emocional e afetiva de uma pessoa, o refugiado se depara com os desafios de quem só tem a alternativa de recomeçar a própria vida, com a força das boas lembranças e da terra de origem, com a experiência dos difíceis momentos que o expulsaram de sua pátria e com a esperança de que alguém, um país, uma comunidade, o acolham e lhe protejam, pelo menos, o grande bem que lhe restou, a própria vida<sup>3</sup>.

Os primeiros problemas de movimentos massivos de pessoas deslocadas em busca de proteção surgiram durante a Primeira Guerra Mundial, mas foi durante a Segunda Guerra Mundial que o problema dos refugiados tomou grandes proporções com o descolamento de mais de quarenta milhões de pessoas por várias partes do mundo.

Como consequência dos efeitos devastadores gerados no mundo em decorrência da Segunda Guerra Mundial e diante da necessidade específica de proteger os refugiados, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou, em 1949, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e, dois anos depois, foi criada a Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) para tratar especificamente dos refugiados que surgiram em razão da Segunda Guerra, uma vez que se acreditava que a problemática dos refugiados era temporária.

Posteriormente, diante do aparecimento de novos fluxos de refugiados, a ONU elaborou o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 com o objetivo de ampliar as disposições da Convenção de 1951, permitindo que os seus dispositivos pudessem ser aplicados a todos os refugiados no mundo e não somente aos refugiados que surgiram em razão da Segunda Guerra Mundial.

Esses instrumentos, além de apresentarem um conceito geral e universalmente aplicável para o termo “refugiado”, estabelecem também os padrões mínimos que devem ser observados pelos Estados signatários para garantir uma proteção efetiva aos refugiados.

Diferente do que foi previsto inicialmente, a problemática dos refugiados não se tratava

---

<sup>3</sup> Idem, p. 06/07. Ainda nesse sentido Hannah Arendt: “Uma vez fora do país de origem, permaneciam sem lar; quando deixavam o seu Estado, tornavam-se apátridas; quando perdiam os seus direitos humanos, perdiam todos os direitos: eram o refúgio da terra.” ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. 5ª reimpressão. Parte II. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 300.

apenas de questões pontuais e regionais que tão logo fossem sanadas colocaria fim à necessidade de dispender esforços e dinheiro para auxiliar essas pessoas.

Seis décadas depois da elaboração da Convenção de 1951, conflitos, violência, violações de direitos humanos e perseguições continuam a forçar as pessoas a abandonarem os seus lares e a deixarem as suas famílias e bens para trás em busca de segurança e proteção em outro país<sup>4</sup>.

De outro lado, depara-se com uma tendência atual de fechamento de fronteiras e a adoção de políticas contra migrações em muitos dos países industrializados que, aliados à instabilidade no cenário internacional e a falta de efetivação dos direitos humanos em parcela considerável do mundo, tornam ainda mais dramática a situação dos solicitantes de refúgio.

O Direito Internacional dos Refugiados tem como objetivo garantir proteção à pessoa humana vítima de uma perseguição à sua vida ou liberdade. Os refugiados são pessoas que, diante de violações aos seus direitos humanos, não podem mais contar com a proteção de seu próprio país e que, por isso, têm direito a uma proteção efetiva em outro Estado.

A responsabilidade pela proteção internacional dos refugiados é competência do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), todavia, como o ACNUR não possui um território próprio onde seja possível proteger os refugiados, a efetiva proteção ocorre no âmbito dos Estados, razão pela qual se faz necessário contar com a colaboração dos governos e da sociedade civil para que a proteção inserta em tratados internacionais não se torne inócua.

Entre os direitos garantidos à pessoa do refugiado faz-se necessário destacar o direito fundamental de não ser devolvido ao país em que sua vida ou liberdade esteja sendo ameaçada. Tal direito constitui um princípio geral do direito internacional de proteção dos refugiados e dos direitos humanos, princípio do *non-refoulement* (não devolução).

O direito de não ser devolvido encontra-se consagrado no art. 33, n. 1 da Convenção de 1951:

---

<sup>4</sup> Têm-se como exemplos recentes de situações que geraram grandes números de refugiados, o deslocamento forçado de pessoas como consequência das quedas das ditaduras árabes na Tunísia, Egito, Síria, Iêmen e Líbia (no caso da Líbia o movimento tomou proporções ainda maiores, sobretudo após a intervenção da OTAN, levando milhares de refugiados líbios a fugirem para países vizinhos); outro exemplo recente é a guerra civil que se desencadeou na Costa do Marfim em razão do não reconhecimento do resultado das últimas eleições presidenciais gerando, como consequência, mais de meio milhão de refugiados que buscaram proteção em diversos países da África Ocidental; destacam-se ainda os conflitos internos no Paquistão (conflito interno fruto do enfrentamento do Talibã com o governo e o exército) e na Somália que, somados aos desastres naturais cada vez mais acentuados nessas regiões, tornam a situação dos seus habitantes ainda mais dramática.

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.

O princípio do *non-refoulement* está previsto também em outros instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana como, por exemplo, no artigo 3º da Convenção da ONU contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989)<sup>5</sup> e no artigo 16 da Convenção Interamericana para Proteção contra o Desaparecimento Forçado de 1994<sup>6</sup>, ambas as Convenções ampliaram a abrangência do referido princípio a todas as pessoas (e não apenas para os refugiados), vetando a extradição e/ou expulsão para territórios nos quais possam ocorrer tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes ou quando haja motivos sérios para crer que a pessoa poderá ser submetida a um desaparecimento forçado, respectivamente.

Diante da insegurança humanitária que ameaça a vida dos refugiados, o princípio do *non-refoulement* surge como um instrumento que garante proteção contra a devolução dessas pessoas para o país onde sofrem a perseguição que originou a sua condição de refugiado ou a qualquer outro país onde sua vida ou liberdade esteja sendo ameaçada.

Tal princípio é indispensável à ideia de proteção internacional dos refugiados e por isso é considerado a pedra angular do regime internacional de proteção dos refugiados, ou seja, a ausência desse princípio torna o objetivo de proteção internacional ineficiente.

---

<sup>5</sup> Art. 3º: “I. Nenhum Estado parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura; II. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violência sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos.” ONU. Assembleia Geral. **Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. 1989. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_contra\\_tortura.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_contra_tortura.htm) Acesso em: 20 de junho de 2011.

<sup>6</sup> Art. 16: “1. Nenhum Estado Parte expulsará, entregará ou extraditará uma pessoa para outro Estado quando existam motivos sérios para crer que ele ou ela estaria em perigo de ser submetido a um desaparecimento forçado.” OEA. **Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas**. 1994. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm> Acesso em 20 de junho de 2011.

Nesse sentido José Francisco Sieber Luz Filho<sup>7</sup>:

Trata-se de princípio inerente à proteção internacional do refugiado, compreendido pela doutrina como o pilar de sua aplicabilidade. Na ausência do princípio a proteção internacional resta vazia e ineficiente (...) A eficácia do princípio do *non-refoulement* é *conditio sine qua non* para a efetiva proteção internacional, esta última função primordial do direito internacional dos refugiados.

Ao ratificarem a Convenção de 1951 e/ou o Protocolo de 1967, os Estados vinculam-se à obrigação internacional de proteger os refugiados devendo acolhê-los, garantindo abrigo em seus territórios e observando o princípio da não devolução, sob pena de responsabilização internacional.

### 3. A REALIDADE DA PROTEÇÃO NACIONAL AOS SOLICITANTES DE REFÚGIO

O Brasil incorporou as normas internacionais de proteção ao refugiados tanto por meio da recepção, com a inserção da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 na ordem interna, bem como pela adoção de uma lei própria sobre o tema (Lei 9.474/97).

A Lei 9.474/97 define os mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados e contempla todos os dispositivos de proteção internacional dos refugiados previstos na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967, além de criar um órgão nacional específico para tratar dessa temática – o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE).

O procedimento para a solicitação de refúgio no Brasil como o primeiro país de acolhida divide-se em quatro fases: a primeira fase consiste na solicitação do refúgio através da Polícia Federal; na segunda fase ocorre a análise do pedido realizada pelas Cáritas Arquidiocesanas; a terceira fase é a decisão proferida pelo Comitê Nacional para Refugiados e dessa decisão, caso seja negado o reconhecimento da condição de refugiado, abre-se uma quarta fase que é o recurso cabível para o Ministro da Justiça que decidirá em último grau de recurso.

---

<sup>7</sup> FILHO, José Francisco Sieber Luz. **Non-refoulement**: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **O direito internacional dos refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, p. 179.

Para os fins do presente artigo será analisada, tão somente, a primeira fase do procedimento: a solicitação de refúgio.

Inicialmente, cumpre destacar o comprometimento da lei nacional com o princípio do *non-refoulement*.

A relevância da Lei brasileira está no fato de que, apesar de o Brasil já ser signatário da Convenção de 1951 e, conseqüentemente já estar vinculado internacionalmente ao princípio do *non-refoulement*, a Lei 9.474/97 reforça essa proteção aos refugiados e solicitantes de refúgio ao estabelecer expressamente em sua normativa interna regras que impedem a sua devolução para um Estado onde haja risco de perseguição à sua vida e/ou liberdade.

Nesse sentido, o artigo 7º, parágrafo 1º da Lei 9.474/97 determina a impossibilidade de deportação do solicitante de refúgio<sup>8</sup>; bem como, no Título V da referida Lei, o artigo 33 prevê que o reconhecimento da condição de refugiado obsta o seguimento do pedido de extradição quando baseado nos mesmos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio e o artigo 34 determina a suspensão da extradição, em fase administrativa ou judicial, diante de um pedido de refúgio, desde que baseado nos mesmos fatos.

Portanto, a proteção dada pelo princípio do *non-refoulement* está garantida desde o momento da solicitação do refúgio, durante o momento de decisão pelo órgão competente e apenas cessa na hipótese de a decisão pelo reconhecimento do *status* de refugiado ser indeferida ou quando a condição de refugiado, já adquirida, cessar por qualquer outra causa legalmente prevista.

No tocante à atuação da Polícia Federal junto aos refugiados, têm-se como de grande relevância a competência e o papel desempenhado por este órgão. Sua atuação tem início logo na entrada dos solicitantes de refúgio no Brasil, sendo a Polícia Federal o primeiro órgão de contato dos refugiados em solo brasileiro, responsável por formalizar a solicitação do reconhecimento da condição de refugiado através da oitiva e da tomada das declarações dos solicitantes, independentemente da sua condição de entrada (se regular ou irregular), e garantindo sempre observância ao princípio do *non-refoulement*<sup>9</sup>.

Nesses termos, o artigo 7º da Lei 9.474/97 estabelece que o estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as

---

<sup>8</sup> Art. 7º: “O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade (...); Parágrafo 1º: Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.”

<sup>9</sup> Cf. arts. 8º e 9º da Lei 9.474/97.

informações necessárias quanto ao procedimento cabível. Devendo a autoridade competente, nos termos do artigo 9º da referida Lei, ouvir o interessado e preparar o Termo de Declaração.

Os agentes da Polícia Federal devem estar capacitados para lidar com a questão dos refugiados, pois, na maioria dos casos, por medo, desconhecimento das leis nacionais ou por não saberem falar o idioma, os estrangeiros não afirmarão claramente que desejam solicitar o refúgio. Dessa forma, os policias deverão estar atentos para situações que, ainda que indiretamente, demonstrem a possibilidade de o estrangeiro ser um refugiado e devem ainda contar com tradutores como forma de facilitar a comunicação e, conseqüentemente, a efetivação da proteção a esses indivíduos<sup>10</sup>.

A solicitação do refúgio, conforme o princípio do Direito Internacional dos Refugiados da não devolução (*non-refoulement*) suspende, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial<sup>11</sup>, e impede que seja efetuada a deportação dos solicitantes para fronteira de território em que sua vida ou integridade física esteja ameaçada<sup>12</sup>.

Ademais, o fato de ter o solicitante de refúgio entrado no território brasileiro de maneira ilegal ou irregular não prejudica a possibilidade de solicitação de refúgio<sup>13</sup>. Nesse sentido afirma André de Carvalho Ramos<sup>14</sup>:

O atual Direito Internacional dos Direitos Humanos não permite que os direitos fundamentais dos estrangeiros possam ser minimizados ou vulnerados em virtude de eventual situação administrativa irregular, uma vez que são frutos da própria condição humana.

Nesses casos, os procedimentos criminais e administrativos decorrentes da entrada ilegal ou irregular ficarão suspensos até a conclusão do pedido de refúgio; caso a condição de refugiado seja reconhecida, os procedimentos serão arquivados, desde que demonstrado que a infração

---

<sup>10</sup> Nesse sentido é a Recomendação do Comitê Executivo do ACNUR n. 8. ACNUR. **ExCom n. 8 (XXVII). Determinação do Estatuto de Refugiado**, 1997. Disponível em: [www.acnur.com.br](http://www.acnur.com.br). Acesso em 10 de abril de 2011.

<sup>11</sup> Cf. art. 34 da Lei 9.474/97.

<sup>12</sup> Cf. artigo 7º, parágrafo 1º da Lei 9.474/97.

<sup>13</sup> Cf. art. 8º da Lei 9.474/97. Essa possibilidade é de extrema importância para garantir uma proteção efetiva aos refugiados, uma vez que, na maior parte dos casos, diante da situação dos países de origem dos refugiados, é praticamente impossível obter um visto ou um passaporte; conseqüentemente, a exigência de uma entrada legal impediria a chegada dessas pessoas no Estado de refúgio. JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e a sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007, p.192.

<sup>14</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a Imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular**. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. P. 721-754. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 743.

correspondente foi determinada pelos mesmos fatos que justificaram o dito reconhecimento<sup>15</sup>.

A perseguição no país de origem justifica a suspensão dos procedimentos administrativo e criminal até uma decisão quanto ao refúgio, isso porque os procedimentos administrativos instaurados em razão da falta de um visto ou em razão de o estrangeiro entrar com visto já não válido ou com visto inadequado no país, ou ter entrado até mesmo como clandestino são procedimentos administrativos infinitamente menos importantes do que a proteção à vida intrínseca ao refúgio<sup>16</sup>.

Da mesma forma, eventuais procedimentos instaurados para apuração de crimes pela entrada ilegal no país (como, por exemplo, através da falsificação de um passaporte ou a falsificação de um visto) devem ficar suspensos, pois reconhecida a condição de refugiados tais atos excluem a culpabilidade do agente, uma vez que tais atos foram praticados em decorrência de um “estado de necessidade”, ou seja, na situação em que se encontrava (fuga para preservar sua vida, sua liberdade ou integridade física que se encontram em risco em razão de perseguições políticas, étnicas ou de gênero, por exemplo) não se poderia exigir da pessoa uma conduta diversa. Ademais, os bens jurídicos em questão são distintos, sendo razoável a conduta do agente ao promover uma falsificação a fim de preservar-se de perseguição injusta<sup>17</sup>.

É possível defender, ademais, que, não obstante dispor o art. 61, da Lei nº 6.815/80 sobre a possibilidade de prisão para deportação, tal cerceamento não se justifica uma vez tendo o estrangeiro requerido o refúgio ao Estado brasileiro e não sendo objeto de qualquer acusação formal ou de pedido de prisão preventiva.

Em casos como esse, há previsão legal específica no artigo 73, da Lei nº 6.815/80:

O estrangeiro, cuja prisão não se torne necessária, ou que tenha o prazo desta vencido, permanecerá em liberdade vigiada, em lugar designado pelo

---

<sup>15</sup> Cf. artigo 10, caput, e parágrafos 1º e 2º da Lei 9.474/97 “A solicitação, apresentada nas condições previstas nos artigos anteriores, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem. Parágrafo 1º Se a condição de refugiado for reconhecida, o procedimento será arquivado, desde que demonstrado que a infração correspondente foi determinada pelos mesmos fatos que justificaram o dito reconhecimento. Parágrafo 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a solicitação de refúgio e a decisão sobre a mesma deverão ser comunicadas à Polícia Federal, que as transmitirá ao órgão onde tramitar o procedimento administrativo ou criminal”.

<sup>16</sup> BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Breves comentários à Lei brasileira de Refúgio**. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.) **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 165.

<sup>17</sup> BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Breves comentários à Lei brasileira de Refúgio**. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.) **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 165.

Ministério da Justiça, e guardará as normas de comportamento que lhe forem estabelecidas.

A aplicação dessa medida permite que o Estado possa manter algum controle sobre a circulação dos estrangeiros dentro do território nacional, enquanto não é analisado o pedido de refúgio.

Nesse sentido é o entendimento do ACNUR, que considera indesejada a detenção de um solicitante de refúgio; o ACNUR recomenda que a detenção apenas ocorra em casos de necessidade como, por exemplo, a proteção da segurança nacional.

#### 4. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA PROTEÇÃO AOS SOLICITANTES DE REFÚGIO

O artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988 estabelece como garantia fundamental o acesso de todos à justiça. Nesse sentido, estatui que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O artigo 5º, *caput* da Constituição, em consonância com o fundamento constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, determina a igualdade de direitos entre os brasileiros e os estrangeiros<sup>18</sup>.

Embora o artigo 5º, *caput* limite a titularidade de direitos fundamentais ao “estrangeiro residente”, é pacífico na doutrina e jurisprudência brasileira a extensão da titularidade de tais direitos a todos os estrangeiros, residentes ou não<sup>19</sup>.

Essa extensão fundamenta-se na ideia de que a privação de direitos fundamentais baseado no critério de “não-residência” ofenderia os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito e um dos fundamentos da República que é a promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição Federal).

---

<sup>18</sup> Artigo 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”

<sup>19</sup> Nesse sentido André de Carvalho Ramos (RAMOS, André de Carvalho. **Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a Imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular.** In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** P. 721-754. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 730); Carmen Tiburcio (TIBURCIO, Carmen. **A condição jurídica do estrangeiro na Constituição Brasileira de 1988.** In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** P. 747-769. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 759/760).

Dessa forma, conclui-se que o Estado tem o dever de garantir a todo o indivíduo, seja ele brasileiro ou estrangeiro (residente ou não residente), o direito fundamental de acesso à justiça, ainda que tais indivíduos não tenham condições financeiras de pagar um advogado particular.

A Defensoria Pública, nos termos do artigo 134, da Constituição Federal, é instituição criada especialmente como o fim de garantir esse acesso à justiça, prestando assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, por intermédio dos Defensores Públicos, a todos que comprovarem insuficiência de recursos.

Entre os objetivos da Defensoria Pública, destacam-se, a primazia da dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades e a prevalência e efetividade dos direitos humanos<sup>20</sup>.

Pelo exposto tem-se que, embora a lei nacional de refúgio (Lei 9.474/97) não trate especificamente da atuação da Defensoria Pública da União na proteção aos solicitantes de refúgio, tal atribuição é conferida constitucionalmente a esta instituição.

A Defensoria Pública da União conta, ademais, com uma Assessoria Internacional. A assessoria internacional da Defensoria Pública da União, estabelecida pela Portaria n. 198, de 27 de março de 2012, tem, entre as suas funções, assistir a Defensoria Pública da União em assuntos de caráter internacional, notadamente para coordenar a assistência jurídica em âmbito internacional oferecida às pessoas em condições de vulnerabilidade socioeconômica na esfera federal, brasileiros ou estrangeiros, em conformidade com a legislação nacional, além de tratados e acordos assinados pelo Brasil<sup>21</sup>.

É importante destacar que com a recente promulgação da Emenda Constitucional 74/2013, que garantiu autonomia à Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, a instituição passará a atuar de forma mais ampla na efetivação do direito de acesso à justiça aos necessitados.

A atuação da Defensoria Pública da União na proteção aos solicitantes de refúgio que não possuem condições financeiras de pagar um advogado é de extrema relevância para que se garanta efetividade ao princípio do *non-refoulement*.

A grande maioria dos solicitantes de refúgio, em razão da necessidade urgente de fugir de seus países de origem, onde sofrem violações extremas aos seus direitos humanos, chegam ao

---

<sup>20</sup> Art. 3-A, I e III, LC 80/94.

<sup>21</sup> **DPU. Assessoria Internacional:** <<http://www.dpu.gov.br/internacional/>>. Mais informações sobre a Assistência Jurídica Internacional podem ser obtidas no site da Coordenação-Geral de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça (CGCI/MJ): <<http://portal.mj.gov.br/>>

Brasil de forma irregular: sem passaporte, ou portando um passaporte falso<sup>22</sup>.

A medida aplicada aos estrangeiros que ingressam no território nacional de maneira irregular e não se retiram voluntariamente após o prazo fixado é a deportação<sup>23</sup>.

Nos casos de entrada irregular quando não configurado o dolo - caso dos estrangeiros que chegam ao Brasil com o intuito de ser reconhecido como refugiado - o estrangeiro é notificado em um procedimento administrativo e tem apenas três dias para sair do país<sup>24</sup>.

Não existe no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) previsão de um procedimento que garanta a prestação de assistência jurídica àqueles que ingressam irregularmente no país ferindo, dessa forma, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da CF), bem como violando preceitos da Convenção de 1951 e do seu respectivo Protocolo de 1967, uma vez que, sem a devida assistência, o estrangeiro muitas vezes sequer saberá quais requerimentos poderá formular perante as autoridades locais, já que, após ser notificado, terá apenas três dias para sair do país, ao término do qual será retirado compulsoriamente pela Polícia Federal.

É exatamente o que acontece na prática brasileira. Os agentes da Polícia Federal, na maioria dos casos, não recebem capacitação técnica necessária para lidar com a questão dos refugiados e atuam muitas vezes como substitutos (ilegais) do CONARE, determinando eles próprios quem é e que não é “refugiado”; ou, ainda, deportam de imediato os estrangeiros sem observar o procedimento previsto na Lei nacional violando, conseqüentemente, o direito de solicitar refúgio assegurado na Convenção da ONU de 1951 e o princípio do *non-refoulement*.

Com relação aos estrangeiros que desejam solicitar a proteção do refúgio é fato que inexistente a certeza de que irão ser reconhecidos como refugiados, todavia, eles têm o direito de dirigir-se ao órgão competente para fazer a solicitação, ainda que tenham entrado no Brasil de forma irregular.

---

<sup>22</sup> (...) na maior parte dos casos, diante da situação dos países de origem dos refugiados, é praticamente impossível obter um visto ou um passaporte; conseqüentemente, a exigência de uma entrada legal impediria a chegada dessas pessoas no Estado de refúgio. JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e a sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007, p.192.

<sup>23</sup> Arts. 57 e 58 da Lei nº 6.815/1980.

<sup>24</sup> Art. 98, inciso II do Dec. nº 86.715/1981.

## 5. ATUAÇÃO CONCRETA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM ALAGOAS NA PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS

Buscando garantir efetividade à proteção dos solicitantes de refúgio e ao direito fundamental de acesso à justiça, a Defensoria Pública da União em Alagoas ajuizou uma Ação Civil Pública<sup>25</sup> em face da União Federal constatando - após o envio de ofícios a todas as seccionais da Polícia Federal requisitando informações acerca do quadro geral da assistência jurídica concedida aos estrangeiros que ingressam irregularmente no Brasil – que a assistência jurídica ofertada aos estrangeiros que chegam ao Brasil de forma irregular não alcança a todos de maneira uniforme, visto que ela só existe em poucos Estados da Federação, não sendo raros os casos em que o estrangeiro não recebe qualquer assistência jurídica ou que a Defensoria só venha a ser intimada após a tomada de certos procedimentos que firmam seus direitos.

A Defensoria Pública constatou ainda que, na grande maioria dos casos em que há assistência jurídica, os estrangeiros são patrocinados por advogados particulares.

O trabalho da Defensoria Pública junto a esses estrangeiros, os quais raramente conhecem os seus direitos e os meios para efetivá-los, é de extrema relevância, como forma de assegurar efetividade à proteção dos direitos dessas pessoas; sobretudo quando também constatado pela Defensoria Pública da União em Alagoas que, mesmo quando já realizada a solicitação de refúgio, durante o aguardo da sua análise, os estrangeiros ficam detidos na Polícia Federal sem a devida assistência jurídica, em flagrante violação de garantias fundamentais e do artigo 10, da Lei 9.474/97 e artigo 73, da Lei nº 6.815/80.

Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>26</sup>:

Isso fornece uma reveladora imagem da (reduzida) dimensão que autoridades públicas têm conferido aos seres humanos no começo do século XXI, colocada em uma escala inferior àquela atribuída a bens e capitais – a despeito de todas as lutas do passado e de todo o sofrimento de antigas gerações. A área na qual as maiores incongruências aparecem manifesta-se, nos dias de hoje, na forma daquela relativa às garantias do devido processo legal. (...) Assim, os direitos

<sup>25</sup> Nos termos da Lei n. 11.488, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, legitimando para a sua propositura a Defensoria Pública c/c art. 134 da CF que determina que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

<sup>26</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos direitos humanos. *In: ACNUR/IMDH. Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v.3, n. 3, p. 53-93. Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, 2008.

humanos fundamentais e a dignidade dos migrantes em situação irregular e sem documentos devem ser preservados também em face das ameaças de deportação e/ou expulsão. Toda pessoa nessa situação tem o direito de ser ouvida por um juiz e não ser presa ilegalmente ou arbitrariamente.

Ressalte-se que, da análise das respostas dos ofícios enviados pela Defensoria Pública da União em Alagoas às seccionais da Polícia Federal no Brasil, apenas as seccionais dos estados do Rio Grande do Norte, Amapá, Espírito Santo e Bahia mencionaram, expressa ou implicitamente, a possibilidade de os estrangeiros em situação irregular solicitarem refúgio<sup>27</sup>.

Após apreciar os argumentos apresentados pela Defensoria Pública da União, o juiz federal da 4ª Vara/AL condenou a União à obrigação de fazer consistente na comunicação pessoal da Defensoria Pública da União em Alagoas, por meio da Superintendência da Polícia Federal em Alagoas, de cada detenção de estrangeiro em situação irregular ocorrida neste Estado, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas<sup>28</sup>, a contar da apresentação deste na Polícia Federal/AL, sob pena de multa no valor de R\$1.000 (mil reais) por dia de atraso, tomando por base cada ato, individualizado por estrangeiro, de não-comunicação ou de comunicação extemporânea à Defensoria Pública da União/AL de tal fato<sup>29</sup>.

Além disso, condenou a União, por meio da Superintendência da Polícia Federal em Alagoas, a encaminhar à Defensoria Pública da União/AL um relatório anual, a ser entregue até o dia 31 de janeiro do ano subsequente, com a relação de todos os estrangeiros em situação irregular que foram apresentados à Polícia Federal/AL no ano anterior.

Ressaltando a importância da adoção dessa medida na concretização dos direitos dos refugiados, o juiz federal da 4ª Vara/AL fundamentou a sua decisão afirmando que<sup>30</sup>:

Há quase sessenta anos nascia o Estatuto dos Refugiados. Hoje, em julho de 2010, a simples providência burocrática almejada pela Defensoria Pública da União, ao meu sentir, mostra-se adequada, justa, razoável e indispensável para fazer valer toda uma gama de direitos fundamentais (...) **A atuação**

<sup>27</sup> Cf. Ofícios: Ofício n. 5616/2008 – SR/DPF/RN de 09 de julho de 2008; Ofício n. 60/2008 – SR/DPF/AP de 26 de junho de 2008; Ofício n. 7740/2008 – SR/DPF/ES de 30 de junho de 2008; e Ofício n. 206/2008 SR/DPF/BA de 30 de junho de 2008.

<sup>28</sup> O prazo estabelecido para a comunicação a ser feita pela Polícia Federal levou em consideração o disposto no artigo 306, parágrafo 1º do Código de Processo Penal que determina que “dentro de vinte e quatro horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitavas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.”

<sup>29</sup> Processo n. 0005720-13.2009.4.05.800 – Justiça Federal (Seção Judiciária de Alagoas – 4ª Vara).

<sup>30</sup> Processo n. 0005720-13.2009.4.05.800 – Justiça Federal (Seção Judiciária de Alagoas – 4ª Vara).

**jurisdicional para determinar a obrigatoriedade de ser informada a Defensoria Pública em todos os casos de apreensão de estrangeiros em situação irregular no território brasileiro seria, ademais, apenas um pequeno passo nesta marcha em busca da concretização dos direitos dos outros cidadãos deste planeta que nestas terras chegam como fugitivos de conflitos étnicos, religiosos ou de tristes condições econômicas.** A atuação do Poder Judiciário, no caso em epígrafe, representa o confronto entre a inocuidade de direitos apenas escritos em papéis e os objetivos constitucionalmente vinculantes do Poder Público. É de se ressaltar ainda que o procedimento pretendido pela Defensoria Pública não traria prejuízos econômicos ou qualquer risco à ordem pública. Em suma, a Ação Civil Pública, a meu ver, apresenta-se como um expedito e amplo remédio para atingir esse desígnio. (grifos).

Tendo o Ministério Público Federal, a União e a Defensoria Pública da União<sup>31</sup> interposto apelação da decisão supramencionada, cumpre ressaltar que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região<sup>32</sup> manteve, por maioria, a decisão proferida no primeiro grau, considerando louvável a preocupação inaugurada nesta seara pela Defensoria Pública de Alagoas “num meio jurídico geralmente insensível à causa dos estrangeiros em situação irregular<sup>33</sup>”.

Por outro lado, é importante destacar que, apesar de o pedido da Defensoria Pública da União ter sido para o reconhecimento da obrigatoriedade de ser informada em todos os casos de apreensão de estrangeiro em situação irregular no território brasileiro, a decisão do juiz federal levou consideração o disposto no artigo 16 da Lei n. 7.347/85, com a nova redação pela Lei 9.494/97, que determina que “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator”, limitando, assim, os efeitos da sua decisão à Superintendência da Polícia Federal em Alagoas<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> A Defensoria Pública interpôs apelação pelo fato de ter a decisão do juiz federal julgado parcialmente procedente o seu pedido, restringindo os efeitos da sentença ao Estado de Alagoas.

<sup>32</sup> Cf. Apelação Cível Nº 516903/AL (2009.80.00.005720-1).

<sup>33</sup> Cf. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Gabinete do Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Apelação Cível Nº 516903/AL (2009.80.00.005720-1). 05 de abril de 2011, p. 07.

<sup>34</sup> Nesse mesmo sentido já se posicionou o STJ: Nesse sentido já entendeu o STJ: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE COLETA DE ESGOTO E ÁGUA. SENTENÇA. EFEITOS ERGA OMNES. ÂMBITO DE EFICÁCIA DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356/STF). 1. A sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a novel redação dada pela Lei 9.494/97. Precedentes do STJ: REsp 293407/SP, CORTE ESPECIAL, DJ 01.08.2006; REsp 838.978/MG PRIMEIRA TURMA, DJ 14.12.2006 e Resp 422.671/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 30.11.2006. 2. Consectariamente, é juridicamente impossível que o pedido seja formulado a um juízo para que produza efeitos alhures, sem o devido processo legal em relação aos demais Municípios, mercê da absoluta incompetência do juízo perante o qual foi deduzida a pretensão com eficácia erga omnes. (...) 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para restringir a eficácia da decisão aos limites da competência territorial do órgão prolator.”(STJ, RESP nº 200500475021/MS, 1ª Turma, Data da decisão: 15/05/2008, DJ de 07/08/2008, Min. Relator: Luiz Fux).

Apesar de a decisão ter abrangido tão somente o Estado de Alagoas, ela representa um precedente muito importante que deve ser adotado pelos demais Estados brasileiros, sobretudo pelos Estados fronteiriços e naqueles que possuem portos e aeroportos de maior porte, como forma de garantir uma proteção mais efetiva aos solicitantes de refúgio que chegam ao território nacional servindo, esta medida, como mais uma forma de impedir que os refugiados se vejam obrigados a retornar ao seu país de origem sem a observância do devido processo legal e em flagrante desrespeito ao princípio do *non-refoulement*.

Ademais, essa atuação da Defensoria Pública garante efetividade ao artigo 16 da Convenção de 1951 que estabelece que o refugiado terá livre e fácil acesso aos tribunais, gozando do mesmo tratamento de um nacional no que concerne ao acesso aos tribunais, inclusive à assistência judiciária e à isenção de *cautio judicatum solvi*.

## 6. CONCLUSÃO

Os refugiados são pessoas que se encontram em situação extremamente vulnerável; fugindo de seu país de origem, em virtude de inúmeras violações de direitos humanos, buscam um outro país para, antes mesmo de refazerem suas vidas, garantir a própria existência.

A Defensoria Pública pauta a sua atuação na primazia da dignidade da pessoa humana e na garantia de efetividade dos direitos humanos.

O tema dos refugiados ingressa na seara de atuação dessa instituição a partir do momento em que, um estrangeiro chega ao Brasil com a intenção de solicitar a proteção do refúgio.

A grande maioria desses solicitantes de refúgio não possuem condições financeiras para contratar um advogado e fazer valer o seu direito de permanecer no país, ainda que tenha aqui ingressado de maneira irregular.

Não conhecendo as leis do país, não sabendo, por vezes, falar o idioma nacional e mesmo por desconhecer o próprio instituto internacional de proteção ao refúgio, tais pessoas não possuem condições de, sozinhas, fazer valer o seu direito à proteção.

Somado à isso tem-se o despreparo dos órgãos do Estado para tratar da questão dos refugiados, informar sobre o direito ao refúgio e proteger efetivamente tais pessoas, o que acaba por gerar a deportação para os países onde sofrem perseguições, em flagrante desrespeito ao princípio do *non-refoulement*.

A atuação da Defensoria Pública da União nessa primeira fase do procedimento de solicitação de refúgio, ofertando assistência jurídica aos estrangeiros que chegam ao Brasil de forma irregular, é imprescindível para garantir uma efetiva proteção aos refugiados.

Sem assistência jurídica já nesse primeiro momento da chegada dos solicitantes de refúgio ao Brasil, corre-se o risco de tornar a previsão legal de proteção nacional aos refugiados letra morta e gerar a responsabilização internacional do país pelo descumprimento dos tratados internacionais.

Diante desse quadro, mostra-se de extrema relevância a decisão da Justiça Federal de Alagoas, apreciando os argumentos apresentados na Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública da União, que determinou que à União deveria realizar a comunicação pessoal da Defensoria Pública da União em Alagoas, por meio da Superintendência da Polícia Federal em Alagoas, de cada detenção de estrangeiro em situação irregular ocorrida neste Estado, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

A decisão representa um precedente muito importante que deve ser adotado pelos demais Estados brasileiros como instrumento capaz de garantir uma proteção mais efetiva aos solicitantes de refúgio que chegam ao território nacional servindo, esta medida, como mais uma forma de impedir que os refugiados se vejam obrigados a retornar ao seu país de origem sem a observância do devido processo legal e em flagrante desrespeito ao princípio do *non-refoulement*.

## REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. Recomendação do Comitê Executivo do ACNUR n. 8. ACNUR. **ExCom n. 8 (XXVII). Determinação do Estatuto de Refugiado**, 1997. Disponível em: [www.acnur.com.br](http://www.acnur.com.br). Acesso em 10 de abril de 2011.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. 5ª reimpressão. Parte II. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 300.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. Breves comentários à Lei brasileira de Refúgio. *In*: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.) **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. 1ª ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

CANÇADO TRINTADE, Antônio Augusto. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos direitos humanos. *In*: ACNUR/IMDH. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v.3, n. 3, p. 53-93. Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, 2008.

FILHO, José Francisco Sieber Luz. **Non-refoulement**: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. *In*: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **O direito internacional dos refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar.

IMDH. **Instituto de Migrações e Direitos Humanos. Glossário**. Disponível em: [www.migrante.org.br/IMDH/ControlConteudo.aspx?area=90211527-9d7f-4517-a34c-84ae25cdabac](http://www.migrante.org.br/IMDH/ControlConteudo.aspx?area=90211527-9d7f-4517-a34c-84ae25cdabac) Acesso em: 26 de maio de 2011.

JUBILUT, Líliliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e a sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

OEA. **Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas**. 1994. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm> Acesso em 20 de junho de 2011.

ONU. Assembleia Geral. **Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. 1989. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_contra\\_tortura.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_contra_tortura.htm) Acesso em: 20 de junho de 2011.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O Direito Internacional dos Refugiados e o uso da terminologia “refugiado ambiental”**, p. 16. Disponível em: [www.cedin.com.br](http://www.cedin.com.br). Acesso em: 23 de junho de 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos dos Estrangeiros no Brasil**: a Imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. P. 721-754. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TIBURCIO, Carmen. **A condição jurídica do estrangeiro na Constituição Brasileira de 1988**. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. P. 747-769. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

# POLÍTICA CRIMINAL *VERSUS* POLÍTICA MIGRATÓRIA: UM DEBATE INCIPIENTE NO BRASIL

---

*Por Ana Luisa Zago de Moraes*



# POLÍTICA CRIMINAL *VERSUS* POLÍTICA MIGRATÓRIA: UM DEBATE INCIPIENTE NO BRASIL

*Ana Luisa Zago de Moraes*

*(Mestre e Doutoranda em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFSM. Defensora Pública Federal em Porto Alegre-RS).*

## RESUMO

O Brasil possui uma política migratória ambígua, com iniciativas, pouco concretizadas, de respeito aos direitos humanos, porém com a prevalência da manutenção e importação de modelos de segurança nacional. Em consonância, mantém, paralelamente, uma política criminal centrada na expulsão. Tal sanção administrativa é mais gravosa do que a própria pena criminal, e passa a nortear, inclusive, a execução penal ao ser utilizada como fundamento para a não concessão da progressão de regime, por exemplo. Cuida-se do gerenciamento de um **risco** através de um sistema sancionatório administrativo e criminal, que se complementam reciprocamente para nortear uma **criminologia do outro**. A essa perspectiva agrega-se a criação de uma prisão exclusiva para estrangeiros no Brasil, o que potencializa a imagem bélica e facilita a relativização dos direitos e garantias, ao destinar um território para seus **inimigos**.

**Palavras-chaves:** Política criminal. Política migratória. Brasil

## ABSTRACT

Brazil has a lot of different migration policy initiatives, and just few of them respect human rights, because of the prevalence of models of National Security. In the other line, criminal policy is based on **deportation**, that is an administrative penalty, but more severe than the criminal penalty itself, that has de power to influence the regime progression, for example. That is an example of the managing risk by administrative and criminal sanctioning system, which complement each other to guide a criminology from the type **law and order**. Furthermore, Brazil has created exclusive prison for foreign prisoners, that improve the relativity of rights and guarantees, and should be an example of **a place for enemies**.

**Keywords:** Criminology. Migration Policy. Brazil

## **SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO AO DEBATE 2. QUANTO À POLÍTICA MIGRATÓRIA... 3. E A POLÍTICA CRIMINAL? 4. DESCONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE MIGRAÇÕES E CRIMINALIDADE: AS “MULAS” DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS 5. E QUANDO O ACUSADO CRIMINALMENTE É O TRABALHADOR MIGRANTE? 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

## 1. INTRODUÇÃO AO DEBATE

*“Migrar é um direito humano. Qualquer um de nós já migrou ou pode migrar um dia. O verbo do estrangeiro é estar, não ser. No fundo, o estrangeiro não existe, ou somos nós mesmos, por vezes até em nossa pátria”.<sup>1</sup>*

O Brasil entrou na rota das migrações como “país de oportunidades” e tem atraído cada vez mais estrangeiros, sendo que, atualmente, há cerca de 1,6 milhão deles regularizados no país, número que pode ser o dobro ou até o triplo se considerados os que entram ilegalmente.<sup>2</sup> Dentre os migrantes, estão os que acabam explorados pelo trabalho escravo e mesmo pelo crime.

Ademais, de 2009 até o começo de 2012, triplicou o número de bolivianos, paraguaios e peruanos residentes, segundo dados da Secretaria de Justiça, e o fluxo atualmente é mais diversificado em termos de etnias, sobretudo africanas, o que é considerado um dos indicadores de que essa nova onda tem características diferentes das anteriores e deve sedimentar a rota da migração no Brasil.<sup>3</sup>

Um dos fluxos de entrada no país é justamente o dos estrangeiros que atuam como “mulas”, transportando drogas do exterior para o Brasil, sendo presos em flagrante, principalmente, em aeroportos internacionais<sup>4</sup>. A maioria deles é denunciada, perante a Justiça Federal, pelo crime

---

<sup>1</sup> VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. **Qual a política migratória do Brasil?** In: *Le monde diplomatique Brasil*. 7 de março de 2013. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1121>. Acesso em 03 de outubro de 2013.

<sup>2</sup> PRIMI, Lilian. **A dura vida dos deserdados globais**. Caros amigos: a primeira à esquerda. Pp. 30-34. Maio de 2013. Ano XVII. N. 194/2013. São Paulo: Caros Amigos, 2013, p. 30. Para os especialistas, entramos definitivamente na rota internacional da migração, uma vez que, como emergente, o Brasil conquistou uma nova posição na economia e política mundial, vive o pleno emprego e atrai atenções de investidores estrangeiros, que direcionam capital para cá, trazendo junto a massa de possíveis explorados que seguem a rota do capital globalizado da especuladora nova ordem mundial. Em relação aos dados, tratam-se números oficiais do Ministério da Justiça, que registram um total de 1.589.502 estrangeiros vivendo no País atualmente.

<sup>3</sup> Nesse sentido também são os dados da Organização Internacional para as Migrações. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Perfil Migratório do Brasil 2009**. Genebra: OIM, 2010. Disponível em: [http://publications.iom.int/bookstore/free/Brazil\\_Profile2009.pdf](http://publications.iom.int/bookstore/free/Brazil_Profile2009.pdf). Acesso em: 28 de agosto de 2013.

<sup>4</sup> Isso sem olvidar as rotas rodoviárias, como a no sentido Bolívia-São Paulo, findando no Terminal Tietê.

de tráfico transnacional de drogas.<sup>5</sup>

No estado de São Paulo há o maior número de prisões em flagrante de estrangeiros, merecendo destaque as ações no Aeroporto Internacional de Guarulhos. Consequentemente, é o estado em que há maior concentração de presos estrangeiros no Brasil, número que vem crescendo significativamente há uma década.<sup>6</sup> Nessa unidade federativa, em 2006, foi criada a primeira prisão exclusiva para não-nacionais do País.

Assim, o Brasil, que não tem uma política social para os migrantes, tampouco um amplo debate sobre o tema<sup>7</sup>, passou a ter uma prisão exclusiva para estrangeiros, criada por uma decisão administrativa na esfera estadual.<sup>8</sup> Essa forma de criação, aliás, foi a mesma do Regime Disciplinar Diferenciado, que primeiramente foi instituído por resolução administrativa da SAP para, somente depois, ser expandido para todo o País mediante lei federal.<sup>9</sup>

O presente trabalho visa justamente promover o debate acerca da política criminal para estrangeiros no País, sopesando-a com uma política migratória (in)existente.

---

<sup>5</sup> Arts. 33 e 40, I, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, competência da Justiça Federal fixada pela Constituição da República Federativa do Brasil, art. 105, V. Sobre a transnacionalidade, esta é conceituada como “ultrapassagem das fronteiras do território nacional, com saída ou ingresso da mercadoria entorpecente ilícita” (CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 4 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

<sup>6</sup> Acerca da distribuição espacial dos presos estrangeiros, pesquisa realizada no ano de 2004 demonstrou que 51,5% do universo da população carcerária do Brasil estavam em São Paulo (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos Estrangeiros no Brasil**: aspectos jurídicos e criminológicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61). No ano de 2009, somente no estado de São Paulo havia 1.742 presos estrangeiros, sendo 1.295 homens e 447 mulheres (SAP – Secretaria da Administração Penitenciária. **Presos Estrangeiros no Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/common/noticias/0400-0499/not470.html>. Acesso em 10 de dezembro de 2010). Em agosto de 2011, o número de homens estrangeiros presos somente na Penitenciária de Itai correspondia a 1443 (dados obtidos com a Administração Penitenciária e também divulgados na Revista Veja: VEJA. **Os presos que vêm de fora**. Revista Veja. Disponível em: <http://vejasp.abril.com.br/revista/edicao-2229/penitenciaria-itai-condenados-estrangeiros>. Acesso em 28 de abril de 2012).

<sup>7</sup> Cumpre lembrar que o Estatuto do Estrangeiro – Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 – está em vigor desde a época da Ditadura Militar, e está contaminado pela visão repressiva da ditadura.

<sup>8</sup> SAP – Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Nota à Imprensa – 16/10/06. **Penitenciária de Itai abrigará presos estrangeiros**. Disponível em: [http://www.sap.sp.gov.br/common/nota\\_imp/0001-0099/ni033.html](http://www.sap.sp.gov.br/common/nota_imp/0001-0099/ni033.html). Acesso em 10 de setembro de 2013.

<sup>9</sup> BRASIL – São Paulo. Resolução SAP- 26, de 4-5-2001. Diário Oficial do Estado de São Paulo, volume 111 - Número 84 - São Paulo, sábado, 5 de maio de 2001. In: BRASIL. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Secretaria da Administração Penitenciária – Assessoria de Imprensa do Estado de São Paulo (2003). A análise completa se encontra disponível em: MORAES, Ana Luisa Zago de. **Estado de exceção e a seleção de inimigos pelo sistema penal**: uma abordagem crítica no Brasil contemporâneo. Dissertação (Mestrado). PUCRS: 2008.

## 2. QUANTO À POLÍTICA MIGRATÓRIA...

Política migratória é um conjunto de medidas adotadas por determinado Estado para controlar o fluxo de pessoas através de suas fronteiras, bem como a permanência dos estrangeiros. Como o mundo segue ordenado em Estados soberanos, o imigrante é recebido ora como invasor, ora como promotor do desenvolvimento, de acordo com o interesse estatal em cada momento. No entanto, o Estado não se limita ao aspecto negativo de autoridade coatora sobre as pessoas num dado espaço, mas detém, antes, outro viés de extrema importância que é o da proteção e do amparo ao indivíduo.<sup>10</sup>

Para Ramos, o estrangeiro pode ser observado por diferentes realidades normativas: (a) o imigrante, que é quem se desloca para outro Estado com o intuito de ali permanecer, legal ou ilegalmente (documentado ou não); (b) o estrangeiro transitório, que vai para outro Estado em caráter temporário; (c) aquele em situação especial, que devido a acordos bilaterais, multilaterais ou regionais possuem os mesmos direitos que os cidadãos nacionais; e (d) os refugiados.<sup>11</sup>

Na Europa atual, muito em razão de interesses eleitorais, a migração se tornou bode expiatório da crise econômica, e o trabalhador migrante tem sido acusado de subtrair empregos dos nacionais, abusar dos serviços do Estado e elevar os índices de criminalidade, contrariando as pesquisas a respeito. Ademais, a diversidade racial e cultural gera mal-estar em “sociedades nostálgicas, homogêneas, individualistas e pautadas pelo consumo”.<sup>12</sup> Dessa forma, tem ocorrido um retrocesso do direito humanista desenvolvido no período após a Segunda Guerra Mundial.

Nos Estados Unidos, seguindo a mesma tendência, a demonização do estrangeiro atingiu seu ápice após os atentados do 11 de setembro de 2001, quando foi declarada “guerra ao terror” e, junto com isso, guerra aos “forasteiros”, principalmente de origem árabe. Nessa “guerra”, a descoberta de potenciais terroristas confunde-se com a xenofobia e converte a diferença em ameaça.

Em razão desses fenômenos, a política migratória tem cada vez dado maior lugar à política criminal.

---

<sup>10</sup> SICILIANO, André L. **Antes de discutir a Política Migratória brasileira**: um ensaio conceitual. Universidade de São Paulo: Instituto de Relações Internacionais, 2012. p. 5.

<sup>11</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Direito dos estrangeiros no Brasil**: a imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em situação irregular. *In*: Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 721-745.

<sup>12</sup> VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. **Qual política migratória do Brasil?**

O Brasil, por sua vez, é um país caracterizado pela forte miscigenação de seu povo, ocasionada pelo seu passado colonial e pelos significativos fluxos migratórios recebidos durante os períodos Imperial e, principalmente, Republicano. Ao lado dos Estados Unidos, Canadá e Argentina, o Brasil é um dos países receptores de milhões de europeus e asiáticos que vieram para as Américas em busca de oportunidade de trabalho e ascensão social.<sup>13</sup> O período de 1870-1930 marcou o último momento relevante de grande influxo de estrangeiros, chamados, então, de imigrantes. Durante esse interregno, o Brasil recebeu cerca de 3,7 milhões de pessoas, inclusive japoneses, sírio-libaneses e judeus. No período subsequente houve significativa redução das imigrações devido à crise de 1929 e ao fechamento das fronteiras decorrente da Constituição de 1934, que estabeleceu cotas para o ingresso de imigrantes.<sup>14</sup>

Desde então, as restrições ao fluxo migratório se tomaram gradativamente mais rígidas, tanto aqui quanto na Europa e nos Estados Unidos, especialmente durante o regime militar. Apesar das restrições que foram sendo agravadas durante o século XX, o Brasil, durante mais de quatro séculos, foi marcado pelo intenso fluxo migratório, colaborando para a consolidação de uma de suas principais características, a miscigenação.

No período da Guerra Fria a política migratória brasileira foi fortemente influenciada pelos desdobramentos dos acontecimentos e ideologias externos. Durante o regime militar, o País adotou políticas cuja vertente ideológica era norteadas pela segurança nacional, pelo desenvolvimentismo e pelo fortalecimento do nacionalismo. A Constituição brasileira de 1967 e sua Emenda Constitucional de 1969 dispõem no capítulo VII (Do Poder Executivo), Seção V, sobre a Segurança Nacional e, pela primeira vez, fez distinção no texto entre o brasileiro nato e o naturalizado.<sup>15</sup>

Atualmente, ainda está em vigor o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 1980), herança do regime militar, e o Projeto de Lei apresentado pelo Ministério da Justiça em 2009 (nº 5655), que deveria modificá-lo, contém em sua essência o paradigma da segurança nacional. Muitos de seus artigos mantêm procedimentos burocráticos e, várias outras restrições, como o projeto amplia de quatro para dez anos o prazo mínimo de residência permanente no país para que seja requerida a naturalização.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> BARRACLOUGH, Geoffrey. **Introdução à História Contemporânea**. Trad. Álvaro Cabral. 5a Ed. Zahar: Rio de Janeiro, 1983.

<sup>14</sup> SICILIANO, André L. **Antes de discutir a Política Migratória brasileira: um ensaio conceitual**. Universidade de São Paulo: Instituto de Relações Internacionais, 2012, p. 9.

<sup>15</sup> SICILIANO, André L. **Antes de discutir a Política Migratória brasileira**, p. 12

<sup>16</sup> VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. **Qual política migratória do Brasil?**

No mais, o Brasil possui uma proposta de “Política Nacional de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante”, aprovada, em maio de 2010, pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIG), que foi estudada e debatida em diversos âmbitos desde 2008, inclusive tendo sido submetida à consulta pública e encaminhada à Presidência da República para que entrasse em vigor sob a forma de decreto, porém até hoje está pendente de promulgação.<sup>17</sup> Por fim, ainda não adotou a “Convenção das Nações Unidas para a proteção de todos os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias”, de 1990, a despeito de esta ter sido enviada ao Congresso Nacional em dezembro de 2010.

Além do plano normativo ainda estar permeado pelo paradigma da segurança nacional, o Brasil também não dispõe de um serviço de imigração. Para requererem a regularização de sua situação, os migrantes devem dirigir-se à Polícia Federal, que tende a uma interpretação restritiva das normas que beneficiam os migrantes. Ao buscar a regularização, o indivíduo, não raro, encontra um calvário, com a exigência de documentos que sabidamente ele não tem condições de apresentar. Num círculo vicioso, a constância da irregularidade gera mais precariedade.<sup>18</sup>

Diante desse contexto, restam dúvidas, inclusive, se realmente temos uma política migratória, ou se, com base em um panorama legislativo dos tempos da Ditadura militar, não temos apenas tentativas isoladas de uma política integracionista.<sup>19</sup> Segundo Ventura, é possível que tenhamos aqui, como em diversos outros campos:

[...] a ambiguidade que resulta da disputa entre os que pensam uma política de migrações respeitosa dos direitos humanos e outras vertentes que concebem o Estado a serviço das necessidades do mercado, ou de modelos de “segurança” que não são nossos.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, mas composto de representantes de diferentes órgãos do governo federal – como os ministérios da Justiça, Saúde, Educação e Relações Exteriores –, o CNIG compreende também representantes das centrais sindicais e dos empregadores, além de observadores da sociedade civil e de organizações internacionais.

<sup>18</sup> VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. **Qual política migratória do Brasil?**

<sup>19</sup> Exemplo de iniciativas isoladas – que, através de diversas ONGs e atualmente com o apoio da Prefeitura e do próprio Ministério da Justiça, têm se integrado e, aos poucos estão formando uma “rede” em prol dos imigrantes - encontram-se na cidade de São Paulo, que sediará, em 2014, a Primeira Conferência Nacional de Migrações e Refúgio. Tais iniciativas tivemos a oportunidade de conhecer durante o trabalho na Defensoria Pública da União em prol dos presos estrangeiros, que pode ser sintetizado no trabalho: MORAES, Ana Luisa Zago de. **Assistência transdisciplinar aos presos estrangeiros**: uma abordagem prática com base na experiência da Defensoria Pública da União em São Paulo. *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 101. Mar. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>20</sup> VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. **Qual política migratória do Brasil?**

### 3. E A POLÍTICA CRIMINAL?

A política criminal consiste no programa que estabelece as condutas que devem ser consideradas crimes e as políticas públicas para repressão e prevenção da criminalidade e controle de suas consequências. Atualmente, tem aumentado sua densidade semântica ao incorporar o significado contido na definição de **projeto governamental** ou governamentalidade.<sup>21</sup>

A partir da governamentalidade é que pode ser compreendida uma política criminal para os estrangeiros no Brasil. Isso porque a definição e o direcionamento de ações contra a criminalidade aparecem crescentemente como aspectos fundamentais das pautas governamentais e, paralelamente, demandas e expectativas do conjunto da sociedade passam a determinar as características destas políticas.<sup>22</sup> Tais padrões de modificação mantêm similaridade com aqueles dos Estados Unidos e da Europa, embora os da sociedade brasileira possuam características e peculiaridades, principalmente devido à enorme desigualdade na distribuição de riqueza e de oportunidades sociais.<sup>23</sup>

Nos Estados Unidos e na Europa, a **prevenção** (função instrumental da pena), aos poucos, tem sido colocada de lado em prol da **retribuição** (pena como resposta justa e natural para qualquer ato desviante). Um dos motivos é a relação custo-benefício do tratamento do delinquente (gastos *versus* impacto sobre a realidade social). Assim, enquanto o modelo de bem-estar penal, que procurou reabilitar o condenado e intimidar os potenciais infratores, demonstrou um fracasso, uma nova mentalidade punitiva passou a ser cunhada, mais punitiva e orientada ao **risco**.<sup>24</sup> Logo, a nova política criminal se concentra sobre a **gerência atuarial do risco** ao invés da alocação de responsabilidade individual, como a velha penologia operava.<sup>25</sup>

Assim, atualmente, o principal objetivo não é eliminar o crime, mas torná-lo tolerável,

---

<sup>21</sup> DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a Criminologia do fim da história**. Tese (Doutorado em Direito – UFPR). Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos. Curitiba: 2012, p. 12.

<sup>22</sup> Simon diferencia “governar o crime” de “governar através do crime”, sendo que essa última é menos democrática e não traz mais segurança, mas reforça a cultura do medo, bem como transforma o “*welfare state*” em “*penal state*” (SIMON, Jonathan. **Governing Through Crime**. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 5-6).

<sup>23</sup> FONSECA, David. S. **Assumindo riscos: a importação de estratégias de punição e controle social no Brasil**. Pp. 297-338. In: Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal. Leituras contemporâneas da sociologia da punição. Carlos Cânedo e David S. Fonseca (orgs.). Belo Horizonte: UFMG, 2012, pp. 297-298.

<sup>24</sup> GARLAND, David. **Os limites do Estado soberano: estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea**. In: CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (orgs.). Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição. Pp. 55-99. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 312.

<sup>25</sup> FONSECA, David. **Assumindo riscos**, p. 304.

sendo que o Estado não visa transformar a realidade, mas apenas gerenciá-la. Para isso, Garland subdivide duas formas de gerenciar o crime: (a) a **criminologia da vida cotidiana**<sup>26</sup>, que percebe o crime como um fato social normal, sendo que os indivíduos e sociedades necessitam levar em conta os riscos colocados por ele e pelos criminosos sempre que deliberassem sobre suas ações rotineiras; (b) a **criminologia do outro**, que demoniza setores da população considerados ameaçadores para a organização regular da vida cotidiana, e representa o “pegar pesado contra o crime”. Não importa quão diferente sejam essas duas criminologias, ambas demonstram o fim de um projeto de reforma social e correção individual defendido pelo Estado de bem-estar.<sup>27</sup>

No Brasil, existe uma similaridade entre as mudanças recentemente colocadas em prática e aquelas que acontecem no exterior, com a ressalva de que aqui o Estado de bem-estar social não foi implementado completamente, a seguridade social é ineficaz e o sistema legal possui mais características inquisitoriais do que acusatórias.<sup>28</sup> A **criminologia do outro** pode facilmente ser visualizada na Lei no 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), uma resposta ao clamor público e midiático por maior severidade penal, que representou o aumento do tempo de prisão e a restrição de direitos processuais, bem como na Lei no 10.792/03, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, inspirada em uma Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. A **criminologia do cotidiano**, por seu turno, está contida na Lei dos Juizados Especiais, que prevê, inclusive, a composição civil de danos. A **gerência de riscos**, por sua vez, inicia administrativamente e, a depender da atividade e seu potencial para consequências danosas, passa a ser “atribuição” do Direito penal, como é o caso da Lei dos Crimes Ambientais, claro exemplo dessa interconexão entre regulamentações administrativas e sistema penal.<sup>29</sup>

Além dessas “criminologias”, a própria remodelação do espaço urbano nas décadas de 80 e 90, de modo a formar um sistema mais complexo do que o centro-periferia, gerando, inclusive, novos padrões de segregação urbana (cidades defensivas), bem como o crescimento do medo do crime e a desigualdade na distribuição de taxas de crimes são características do Brasil.<sup>30</sup> Logo, as peculiares das condições sociais brasileiras produzem um efeito amplificador em muitos dos problemas que são encontrados no exterior, e mecanismos sociais interconectados e hipercomplexos podem colocar

---

<sup>26</sup> A referência à terminologia “criminologia” é para ser literal às obras de David Garland, também adotada por David Fonseca, porém identifica-se mais com “política criminal”.

<sup>27</sup> GARLAND, David. **Os limites do Estado soberano**, p. 318.

<sup>28</sup> FONSECA, David. **Assumindo riscos**, p. 319.

<sup>29</sup> FONSECA, David. **Assumindo riscos**, p. 326.

<sup>30</sup> Nesse sentido: CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: EDUSP, 2003.

uma grande dificuldade a interpretação de uma **política criminal brasileira**.<sup>31</sup>

No que concerne às migrações, além de uma política social muito aquém da necessária proteção aos direitos humanos, o tratamento do estrangeiro pelos órgãos de repressão brasileiros identifica-se com a **criminologia do outro**. Apesar de a imigração ilegal não ser criminalizada no Brasil,<sup>32</sup> o estrangeiro, além das dificuldades para obter visto de permanência em razão de entraves burocráticos, muitas vezes é vítima do tráfico internacional de drogas, já que frequentemente é aliciado para carregar substâncias ilícitas em troca de valores que necessita para sua subsistência e de sua família<sup>33</sup>.

O estrangeiro que comete algum crime é submetido a um inquérito policial de expulsão, processo administrativo que visa à retirada compulsória do território nacional.<sup>34</sup> Atualmente, está prevista no art. 65 do Estatuto do Estrangeiro, como destinada àquele que “atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais”.

A regulamentação legal da expulsão viola o princípio da legalidade, devido à sua amplitude, que não permite antever quais condutas são passíveis de gerar tal medida administrativa.<sup>35</sup> Na prática, o que ocorre é a abertura de inquérito de expulsão em face dos estrangeiros condenados pela prática de crimes, por determinação do Ministro da Justiça, que recebe do Ministério Público cópia da sentença condenatória<sup>36</sup>, iniciando o trâmite do procedimento na Delegacia de Polícia Federal, o mesmo órgão responsável pela regularização migratória.

---

<sup>31</sup> FONSECA, David. **Assumindo riscos**, p. 334.

<sup>32</sup> Na Espanha, por exemplo, é crime promover ou favorecer a imigração clandestina de trabalhadores (CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ, Mario Maraver. **El derecho penal español ante la inmigración: un estudio politico-criminal**. pp. 31-121. Revista CENIPEC. N. 25. – janeiro-dezembro de 2006. Madrid: CENIPEC, 2006).

<sup>33</sup> São os chamados “mulas” do tráfico, que cruzam as fronteiras portando drogas, após terem sido aliciados em países periféricos como a Nigéria e Angola. Tais indivíduos representam a maioria dos presos estrangeiros no Brasil, conforme será trabalhado mais adiante.

<sup>34</sup> Além da expulsão, outras modalidades de retirada compulsória são a deportação, a extradição, a entrega e a repatriação. São causas impeditivas da expulsão, previstas no artigo 75, II, do Estatuto do Estrangeiro: (a) cônjuge brasileiro, desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de cinco anos e não haja separação de fato; (b) filho brasileiro sob guarda e dependência econômica, desde que tenha sido registrado antes do fato que motivou a expulsão. Após a apresentação de defesa técnica pelo advogado constituído ou por Defensor Público Federal, o inquérito será relatado e remetido à Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, ocasião em que será analisada, motivadamente, a conveniência e oportunidade da medida. Se determinada, o será por Decreto de Expulsão, de competência do Presidente da República (artigo 66 do Estatuto do Estrangeiro), em face do qual cabe pedido de reconsideração, no prazo de dez dias a contar da publicação no Diário Oficial da União.

<sup>35</sup> DORINI, João Paulo de Campos. **Considerações sobre a expulsão**. Revista da Defensoria Pública da União, Defensoria Pública da União. N. 1 (jan./jun. 2009), pp. 42-61. Brasília: DPU, 2009, p. 42.

<sup>36</sup> Conforme previsão do Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981, que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro e discrimina o procedimento do inquérito de expulsão.

Há previsão, no art. 69 do Estatuto do Estrangeiro, da decretação da prisão, pelo Ministro da Justiça, por noventa dias, para conclusão do inquérito de expulsão ou assegurar a execução da medida, podendo ser prorrogada por igual prazo. Não prevaleceu nos tribunais pátrios a tese de que trata de prisão revogada pela Constituição de 1988, que não admite prisão administrativa, mesmo que decretada por juiz, uma vez que a judicialização não descaracteriza a natureza da prisão, já que derivada de um procedimento administrativo, e não para fins de cautelaridade penal.<sup>37</sup> Assim, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o que houve foi a destituição da competência do Ministro da Justiça, com a atribuição exclusiva do Poder Judiciário para decretá-la.<sup>38</sup> Dessa forma, o estrangeiro que cometer crimes no Brasil pode ficar preso para fins de expulsão, mesmo que já tenha cumprido sua pena criminal ou que sequer tenha sido condenado a pena privativa de liberdade.

Quem for expulso nunca mais poderá retornar ao Brasil, sob pena de cometer o crime de “reingresso de estrangeiro expulso” (art. 338 do Código Penal). E, mesmo que não efetivada a expulsão, nunca mais conseguirá sua regularização migratória e, por conseguinte, seu Registro Nacional de Estrangeiros (RNE) e sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), configurando a **nadificação** do ser humano, ou, como diria Giorgio Agamben, constituindo uma **vida nua - indigna de ser vivida**<sup>39</sup>.

#### 4. DESCONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE MIGRAÇÕES E CRIMINALIDADE: AS “MULAS” DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS

As “mulas” do tráfico representam a grande maioria dos estrangeiros encarcerados no Brasil, o que desvincula o próprio fenômeno das migrações da criminalidade.<sup>40</sup> Tais indivíduos são vítimas do tráfico internacional de drogas, tanto quanto os potenciais usuários, e não

---

<sup>37</sup> Nessa linha, já ementou o Tribunal Regional Federal da Terceira Região: HC 200103000077175, DESEMBARGADORA FEDERAL SYLVIA STEINER, SEGUNDA TURMA, DJU DATA:22/08/2001 PÁGINA: 397.

<sup>38</sup> Exemplificativamente: Superior Tribunal de Justiça, HC 134.195/DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 24 de junho de 2006, DJe 03/08/2009.

<sup>39</sup> Nua, no sintagma “vida nua”, corresponde ao termo *haplôs*, ou seja, o *ser puro*, remetendo-se ao pensamento de Aristóteles que distingue as múltiplas formas de *ser*. O significado político do *ser puro*, para Agamben, exprime a sujeição ao poder político dessa forma de vida, ou seja, não da forma de vida *qualificada* pela cidadania em sentido substancial, do indivíduo dotado de direitos protegidos constitucionalmente, bem como por tratados internacionais (AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004, pp. 187-188).

<sup>40</sup> Também foi a constatação da pesquisa constante em: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil...**

são trabalhadores migrantes, tanto é que a maioria deles é presa em flagrante em aeroportos internacionais, como o Aeroporto de Guarulhos.

Assim, na classificação de André de Carvalho Ramos acima exposta, equiparam-se ao “estrangeiro transitório”, que se desloca a outro Estado em caráter temporário. Consequentemente, a maioria dos presos não-nacionais não possui nenhum vínculo social, cultural ou familiar no Brasil. Nesse ponto, a política criminal direcionada aos estrangeiros confunde-se com a “**guerra às drogas**”.<sup>41</sup>

A despeito disso, após a prisão em flagrante, a concessão de liberdade provisória e a substituição da pena privativa e liberdade por restritiva de direitos são, em regra, negadas pelos juízes monocráticos e tribunais brasileiros nos casos de estrangeiros acusados de tráfico de drogas. O Supremo Tribunal Federal decidiu, recentemente, que cabe pena restritiva de direitos para o delito em referência e, no caso de um estrangeiro condenado por este delito, declarou: “*in casu*, restou comprovado o direito do estrangeiro ao benefício, máxime porque (i) a ele foi fixado o regime aberto para iniciar o cumprimento da pena; (ii) inexistente decreto de expulsão em seu desfavor; e (iii) na visão das instâncias inferiores, preenche os requisitos do art. 44”.<sup>42</sup>

Durante a execução da penal, ocorre, na prática, a projeção dos efeitos da decretação de expulsão sobre o cotidiano do cumprimento da pena de indivíduos não nacionais, afetando o direito de usufruírem do sistema progressivo de cumprimento da pena.<sup>43</sup> A posição clássica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aliás, é justamente no sentido da impossibilidade de concessão de qualquer forma de progressão na execução da pena em benefício do estrangeiro condenado criminalmente no aguardo de eventual expulsão já decretada ou no curso de processo expulsório em tramitação, sob pena de frustrar-se a própria ordem de expulsão (utilizando-se de uma “presunção de fuga”) e de garantir a progressão a quem não pode trabalhar lícitamente no Brasil.<sup>44</sup> Contrariando esta tendência, há recentes julgados favoráveis à progressão

---

<sup>41</sup> Acerca da “guerra às drogas”: CARVALHO, Salo de. **Política criminal de drogas no Brasil...**

<sup>42</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 103311, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 07 de junho de 2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011, PUBLIC 29-06-2011, EMENT VOL-02553-01, PP 00086).

<sup>43</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil...**, p. 206.

<sup>44</sup> CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**, p. 218. O autor traz diversos julgados do STF e do STJ nesse sentido. Da mesma forma, Artur de Brito Gueiros Souza comenta, dentre outros julgados, o Habeas Corpus nº 56.311, em que o STF decidiu que “*o estrangeiro deve aguardar o integral cumprimento da pena, sem direito à progressão ao regime semi-aberto*”. Acrescentou, quanto ao livramento condicional, que um dos fundamentos do indeferimento é o Decreto-Lei nº 4.865, de 1942, que veda o livramento aos estrangeiros. Ocorre que tal Decreto foi tacitamente revogado pela Constituição de 1946, e também em razão da posterior legislação do estrangeiro (Decreto-Lei nº 941, de 1969, posteriormente revogado pela Lei nº 6.815, de 1980), legislação que nada previu de restrição quanto à obtenção do livramento ou qualquer outro instituto assemelhado (SOUZA, Artur de Brito Gueiros, **Presos estrangeiros no Brasil...**, pp. 207-227).

de regime dos presos estrangeiros.<sup>45</sup> Vejam-se os argumentos utilizados:

O simples fato de ser estrangeiro, por si só, não constitui obstáculo a que, preenchendo os requisitos legais, faça jus à progressão de regime. Nesse caso, considerar sua condição de estrangeiro como óbice à progressão fere o princípio da isonomia insculpido no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal, bem como o artigo 3º, parágrafo único da LEP, que proíbe qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política na execução da pena.

[...] o decreto expulsório, ato administrativo que é, não invade a esfera penal, não dispondo sobre o regime da execução da pena, sob pena de criar-se, administrativamente, nova forma de regime integralmente fechado.<sup>46</sup>

Risco ao se conceder progressão de regime sempre existe seja o condenado nacional ou estrangeiro, este em situação regular ou não, mas nem por isso se pode impedir a progressão do regime fechado para o semiaberto, quando preenchidos os requisitos legais.<sup>47</sup>

Nem se argumente ser despicienda a reintegração do estrangeiro no seio social, posto que a finalidade ressocializadora da pena visa diretamente à reestruturação da personalidade do reeducando, pouco importando se irá residir ou não no país após o término da sanção. Se assim não fosse, constituiria exigência para o benefício que reeducando prestasse o compromisso de residir, pelo resto da vida, no país em que a pena foi cumprida.<sup>48</sup>

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, flexibilizando sua posição tradicional, manifestou-se no sentido de que “a situação irregular de estrangeiro no País não é circunstância, por si só, apta a afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros” e “a possibilidade de fuga e, conseqüentemente, de frustração do decreto de expulsão não justifica o indeferimento do pedido da progressão ao regime semiaberto”. Citou decisão do STF no sentido de que o fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena.<sup>49</sup>

O livramento condicional exige mais requisitos do que a progressão, dentre eles “obter

<sup>45</sup> Favorável à progressão de regime para estrangeiros, foram encontradas decisões proferidas pela 3ª, 7ª e 16ª Câmaras.

<sup>46</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo em Execução Penal 0271797-72.2011.8.26.0000, Relator: Desembargador Borges Pereira, 16ª Câmara, julgado em 17 de abril de 2012 (grifo nosso).

<sup>47</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo em Execução Penal 0259120-10..2011.8.26.0000, Relator: Desembargador Luiz Antonio Cardoso, 3ª Câmara, julgado em 17 de abril de 2012.

<sup>48</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo em Execução Penal 0297816-18.2011.8.26.0000, Relator: Desembargador França Carvalho, 13ª Câmara, julgado em 14 de abril de 2012.

<sup>49</sup> Precedente citado do STF: HC 97.147-MT, DJe 12/2/2010. Precedente do STJ: HC 219.017-SP, Rel.Min. Laurita Vaz, julgado em 15/3/2012, noticiado no informativo nº 493, período: 12 a 23 de março de 2012.

ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho” (artigos 131 e 132 da Lei de Execução Penal), motivo pelo qual, em regra, é negado pelos tribunais pátrios sob o argumento de que não há possibilidade de o estrangeiro exercer ocupação lícita e firmar residência por estar irregular no País.

Para aqueles que pretendem retornar ao país de origem, a efetivação da expulsão no momento do livramento condicional é uma medida mais favorável ao estrangeiro e atinge muito mais a função ressocializadora do que a permanência em território nacional, dificultada pela falta de visto de permanência e, por conseguinte, da documentação necessária à obtenção de emprego.

Assim, a tendência de manter preso o não-nacional durante todo o processo e, posteriormente, efetivar a expulsão, é uma evidência da “criminologia do outro”, de uma perspectiva estritamente retribucionista, muito afeta à “guerra às drogas” e à própria doutrina da segurança nacional. E, mesmo que consiga progressão do regime prisional ou substituição por pena restritiva de direito, dificilmente conseguirá trabalho em território brasileiro, bem como a efetivação da expulsão antes do término do cumprimento da pena. Ademais, o estrangeiro, no final do cumprimento da pena, não é reintegrado à sociedade, mas dela retirado compulsoriamente, motivo pelo qual não há razoabilidade na execução penal de um cidadão não nacional.<sup>50</sup>

Uma alternativa pouco utilizada a transferência, que consiste na possibilidade de o estrangeiro, condenado definitivamente, cumprir o restante da pena imposta pela Justiça brasileira no seu país de origem. Trata-se de mecanismo de cooperação penal internacional de caráter humanitário, que visa à aproximação do condenado de seus familiares e, por outro lado, implica na imediata decretação de expulsão do território brasileiro. Somente é efetivada se houver tratado bilateral em vigor ou por promessa de reciprocidade com o país que receberá o preso, de forma a comprometer-se a transferir os nacionais brasileiros que nele estiverem.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil...**, p. 256.

<sup>51</sup> O Brasil possui tratados bilaterais com Argentina, Bolívia, Canadá, Chile, Espanha, Paraguai, Peru, Portugal, Reino Unido, além dos Estados signatários da Convenção Interamericana sobre o cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (Canadá, Chile, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai e Venezuela). Todos os acordos bilaterais se encontram disponíveis em: BRASIL. **Transferência de Pessoas Condenadas**. 2 Ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Presos Estrangeiros, 2010.

## 5. E QUANDO O ACUSADO CRIMINALMENTE É O TRABALHADOR MIGRANTE?

Depois da divulgação de denúncias de trabalho escravo envolvendo grandes redes internacionais de lojas de vestuário, passaram a ser divulgadas diversas notícias de crimes praticados por estrangeiros, por mais banais que fossem. Algumas delas transmitiam a ideia de que imigrantes latino-americanos tornavam o centro de São Paulo mais perigoso. A realidade, porém, demonstra o contrário: o migrante não quer problemas com a polícia. Se ele tem documentos, quer mantê-los; caso não os possua, ou estiver tentando obtê-los, é fundamental que passe despercebido. Segundo Ventura, “é por isso que a obsessão securitária não tem nexos quando se trata dos processos de concessão de autorização estatal para residência provisória ou permanente”.<sup>52</sup>

Caso um estrangeiro regular, que está a muitos anos no país, cometer um crime, mesmo que seja uma tentativa de furto ou outro crime patrimonial, este é sujeito à expulsão – a não ser que tenha cônjuge ou filho brasileiro – e não conseguirá renovar sua autorização de permanência, gerando as consequências supramencionadas (perda do RNE, da CTPS e subsunção à condição de **vida nua**). Da mesma forma ocorre com aquele estrangeiro que, não conseguindo a renovação de sua permanência devido aos diversos entraves burocráticos e altas taxas cobradas pela Polícia Federal, falsifique seu RNE ou outro documento.<sup>53</sup>

Em São Paulo, a política prisional de priorizar a colocação, em um único estabelecimento prisional, da maioria dos estrangeiros presos no Estado, culmina em um enorme prejuízo a estes, uma vez que não há diferenciação entre estes e os “recém-chegados”, para fins de classificação e deslocamento para Itaí (a prisão exclusiva que dista mais de 300 km da capital).

Aos estrangeiros que tinham direito à permanência com base na reunião familiar, para garantir seu direito de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos (artigo 41, X, da LEP), bem como para facilitar a saída temporária, deveriam ser transferidos para a Penitenciária mais próxima ao local de residência de seus familiares. Exemplo foi nacional português que, entrevistado, demonstrou imenso descontentamento por estar em Itaí, uma vez que residia no Brasil há trinta e quatro anos, e sua família residia em Campinas, dificultando as visitas. Da mesma forma, um nacional uruguaio salientou que sua família residia na capital do estado e que, por isso, não tinha condições econômicas para ir visitá-lo.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. **Qual a política migratória do Brasil?**

<sup>53</sup> O delito de *falsificação* de documento público está previsto no art. 297 do Código Penal brasileiro.

<sup>54</sup> As visitas às Penitenciárias de Itaí e Feminina da Capital foram descritas em trabalho anterior: MORAES, Ana Luisa Zago de. **Assistência transdisciplinar aos presos estrangeiros...**

Os condenados por crimes sexuais, em razão de sofrerem ameaças de outros presos, são retirados dos “raios” (ou galerias, que são quatro, onde se situam as celas comuns, os pátios e as oficinas de trabalho) e ficam alocados no “seguro”, lugar com um pátio pequeno de concreto, sem interação com os demais presos e sem acesso às oficinas<sup>55</sup>. Por estarem no “seguro”, não conseguem acesso a trabalho (nas oficinas), a estudo (salas de aula), bem como a qualquer atividade que demande introdução às áreas comuns da Penitenciária. Um dos presos entrevistados estava há dois anos no “seguro”, e já tinha solicitado a transferência para a Penitenciária de Iaras, exclusiva para criminosos sexuais, e “disse que não conseguia por ser estrangeiro”. Referiu que queria a transferência para que pudesse “trabalhar, uma vez que não há possibilidade de trabalho no seguro”.<sup>56</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se verificar que o Brasil possui uma política migratória ambígua, com iniciativas, pouco concretizadas, de respeito aos direitos humanos, porém com a prevalência da manutenção e importação de modelos de segurança nacional. Em consonância, mantém uma política criminal centrada na expulsão.

Após cometer um crime, mesmo que seja uma falsificação de documentos para fins de permanência, o estrangeiro **é submetido a processo administrativo e, caso não tenha filhos ou cônjuge no Brasil, necessariamente terá que deixar o País. Assim, a sanção administrativa é mais gravosa do que a própria pena criminal, e passa nortear, inclusive, a própria execução penal ao ser utilizada como fundamento para a não concessão da progressão de regime, por exemplo.**

Cuida-se, pois, do gerenciamento de um **risco** através de um sistema sancionatório administrativo e criminal, que se complementam reciprocamente para nortear uma **criminologia do outro**.

A essa perspectiva, evidentemente retribucionista, porém desproporcional em relação ao fato cometido, agrega-se a criação de uma prisão exclusiva para estrangeiros e a tendência de

---

<sup>55</sup> No dia da visita, verificamos que havia 29 presos no seguro, que não têm acesso a rádio ou TV. Os presos do seguro ficavam apenas duas horas no banho de sol, que era no próprio pátio de concreto em frente às celas, sendo um local pequeno e com pouca luz.

<sup>56</sup> Em relação ao entrevistado, verificamos que este e outros presos em situação semelhante, após a formalização dos pedidos pela Defensoria Pública do Estado, foram transferidos à Penitenciária de Iaras, exclusiva para presos acusados por crimes sexuais.

uma segunda.<sup>57</sup> Nesse norte, não se pode olvidar que a exclusivização gera a maior potência do sistema para **neutralizar** tais estrangeiros, isolados do próprio restante da máquina carcerária. Potencializa, ademais, a imagem bélica, legitimante do exercício do poder punitivo por via da absolutização do valor segurança e facilita a relativização dos direitos e garantias, ao destinar um território para seus **inimigos**.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

Associação Juizes para a Democracia – AJD *et al.* **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. Fevereiro de 2007. Disponível em: [http://www.asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio\\_oea.pdf](http://www.asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio_oea.pdf) (acesso em 30 de abril de 2012).

BARRACLOUGH, Geoffrey. **Introdução à História Contemporânea**. Trad. Álvaro Cabral. 5a Ed. Zahar: Rio de Janeiro, 1983.

BRASIL. **Transferência de Pessoas Condenadas**. 2 Ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Presos Estrangeiros, 2010.

BRASIL. **Atuação Parlamentar 2008: CPI do Sistema Carcerário**. Brasília: Centro de Documentação e Informações, Coordenação de Publicações, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi\\_sistema\\_carcerario.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=1) (acesso em 29 de abril de 2012).

BRASIL. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Secretaria da Administração Penitenciária – Assessoria de Imprensa do Estado de São Paulo (2003).

BOUCHARD, Marco. **Guantánamo: morte do processo penal e início do apocalipse**. Trad. Eduardo Maia Costa. Revista do Ministério Público. *Pp. 61-72 N. 97. Lisboa: 2004*.

BUSATO, Paulo César. **Ejecución penal y ciudadanía global: la discriminación en el régimen progresivo de cumplimiento de pena para el extranjero en Brasil**. Revista General de Derecho Penal, v. 11, p. 407635, 2009. Disponível em: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=407635](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=407635) (acesso em 26 de abril de 2012).

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

---

<sup>57</sup> Penitenciária Feminina da Capital, no Complexo Carandiru, em São Paulo, que tem se tornado exclusiva para mulheres estrangeiras.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo.** São Paulo: EDUSP, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ, Mario Maraver. **El derecho penal español ante la inmigración: un studio político-criminal.** pp. 31-121. Revista CENIPEC. N. 25. – janeiro-dezembro de 2006. Madrid: CENIPEC, 2006.

CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (orgs.). **Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição,** p. 55-99. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 312.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático.** 4 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Cartilha de Direitos Religiosos, Deveres e Costumes de Presos Muçulmanos em Penitenciárias.** Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/images/stories/arquivos/PDF/cartilha%20muculmanos.pdf> (acesso em 29 de abril de 2012).

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a Criminologia do fim da história.** Tese (Doutorado em Direito – UFPR). Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos. Curitiba: 2012.

DORINI, João Paulo de Campos. **Considerações sobre a expulsão.** Revista da Defensoria Pública da União, Defensoria Pública da União. N. 1 (jan./jun. 2009), pp. 42-61. Brasília: DPU, 2009.

FONSECA, David. S. **Assumindo riscos: a importação de estratégias de punição e controle social no Brasil.** Pp. 297-338. *In:* Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal. Leituras contemporâneas da sociologia da punição. Carlos Câneo e David S. Fonseca (orgs.). Belo Horizonte: UFMG, 2012.

GARLAND, David. **Os limites do Estado soberano: estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea.** *In:* CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (orgs.). Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição. Pp. 55-99. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA – ITTC. **Projeto Estrangeiros.** Disponível em: <http://www.ittc.org.br/web/estrangeiros.asp> (acesso em 27 de abril de 2012).

MORAES, Ana Luisa Zago de. **Assistência transdisciplinar aos presos estrangeiros: uma abordagem prática com base na experiência da Defensoria Pública da União em São Paulo.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 101. Mar. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **Estado de exceção e a seleção de inimigos pelo sistema penal: uma abordagem crítica no Brasil contemporâneo.** Dissertação (Mestrado). PUCRS: 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Perfil Migratório do Brasil 2009**. Genebra: OIM, 2010. Disponível em: [http://publications.iom.int/bookstore/free/Brazil\\_Profile2009.pdf](http://publications.iom.int/bookstore/free/Brazil_Profile2009.pdf). Acesso em: 28 de agosto de 2013.

PRIMI, Lilian. **A dura vida dos deserdados globais**. Caros amigos: a primeira à esquerda. pp. 30-34. Maio de 2013. Ano XVII. N. 194/2013. São Paulo: Caros Amigos, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Direito dos estrangeiros no Brasil: a imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em situação irregular**. *In*: Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 721-745.

UNITED NATIONS. **Human Rights and Prisons: Trainer's Guide on Human Rights Training for Prison Officials**. United Nations: New York and Geneva, 2005.

SAP – Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Nota à Imprensa – 16/10/06. **Penitenciária de Itai abrigará presos estrangeiros**. Disponível em: [http://www.sap.sp.gov.br/common/nota\\_imp/0001-0099/ni033.html](http://www.sap.sp.gov.br/common/nota_imp/0001-0099/ni033.html) (acesso em abril de 2011).

SAP – Secretaria da Administração Penitenciária. **Presos Estrangeiros no Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/common/noticias/0400-0499/not470.html> (acesso em 10 de dezembro de 2010).

SICILIANO, André L. **Antes de discutir a Política Migratória brasileira: um ensaio conceitual**. Universidade de São Paulo: Instituto de Relações Internacionais, 2012.

SIMON, Jonathan. **Governing Through Crime**. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos Estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. **O condenado estrangeiro e a progressão de regime prisional**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10891-10891-1-PB.htm> (acesso em 01 de maio de 2012).

VEJA. **Os presos que vêm de fora**. Revista Veja. Disponível em: <http://vejasp.abril.com.br/revista/edicao-2229/penitenciaria-itai-condenados-estrangeiros> (acesso em 28 de abril de 2012).

VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. **Qual a política migratória do Brasil?** *In*: Le monde diplomatique Brasil. 7 de março de 2013. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1121>. Acesso em 03 de outubro de 2013.



# DA LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE DEMANDAS PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

---

*Por Alexandre de Moraes Saldanha*



# DA LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE DEMANDAS PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*Alexandre de Moraes Saldanha*

*(Defensor Público Estadual – DPGE/CE. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional de Curitiba – UNINTER)*

## RESUMO

Este artigo científico de revisão bibliográfica se presta a mostrar uma moderna visão sobre a renovada Defensoria Pública, implicando na possibilidade desse órgão defensorial de ingressar judicialmente com ações civis para apurar responsabilidade de servidores públicos ou terceiros por improbidade administrativa, considerando a ausência de vedação para que isso ocorra, o microsistema de tutela de direitos coletivos, e os objetivos e princípios da Defensoria Pública, sempre condizente com a Constituição da República e as demais normas integrantes do nosso ordenamento jurídico, bem como com interpretações jurisprudenciais efetivadas até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para auxiliar na formação desse conhecimento, também é salutar expor a contradição que há entre o fato de haver enormes semelhanças entre o Ministério Público e a Defensoria Pública, mas apenas um deles dispor de tal legitimidade de modo expreso na lei.

**Palavras-chaves:** Ação Civil Pública. Defensoria Pública. Improbidade Administrativa. Legitimidade. Processo Civil.

## ABSTRACT

This scientific article of literature review intend to show a modern approach on the renewed public defender, implying the possibility that defensorial body to join a lawsuit with public civil action to determine liability of public employees or third parties for administrative misconduct, considering the lack of sealing for this to occur, the microsystem protection of collective rights, and the objectives and principles of the Public Defender, always consistent with the Constitution and other standards of our legal system, as well as jurisprudential interpretations effected even by the Supreme Court. To help develop this knowledge, it is also relevant to expose the contradiction

that exists between the fact of huge similarities between the prosecutor and public defender, but only one of them having legitimacy expressed in the law.

**Keywords:** Public Defender. Legitimacy. Administrative Misconduct. Civil Procedure. Public Civil Action.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. ESCORÇO HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA 3. SEMELHANÇAS ENTRE A DEFENSORIA PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO 4. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO ÓRGÃO APTO AO INGRESSO DE AÇÕES POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 4.1 Inovações da Lei Complementar Federal n. 132/2009 e o dever da Defensoria Pública de cuidar de interesses coletivos 4.2 As justificativas para a não previsão atual da Defensoria como legitimada para ação de improbidade e a necessidade de se valer de interpretações e integrações normativas devido à lenta evolução legislativa 4.3 A Lei de improbidade administrativa e a Defensoria Pública inseridas no mesmo microsistema de tutela coletiva 4.4 Precedente histórico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a Defensoria Pública (DP) vem ganhando importância real e teórica, importância que é refletida em mais instrumentos a disposição desse órgão, para que consiga efetivar direitos de terceiros, especialmente direitos coletivos, como aqueles afetados por atos de improbidade administrativa de nossos administradores e servidores públicos.

A Ação Civil Pública (ACP) é um meio processual à disposição da Defensoria Pública e de seus membros, previsto explicitamente em nosso ordenamento jurídico desde 2007, embora, antes disso, encontrasse respaldo em uma interpretação sistemática.

Esqueça-se a visão unidirecional e limitada de 1992, do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), ano em que foi promulgada a referida lei e que, por razões que ainda serão vistas, não houve outro ente legitimado a ingressar com ação de improbidade administrativa que não fosse o Ministério Público (MP) ou a pessoa jurídica interessada na apuração do ato desonesto.

Adentrando no tema principal deste artigo, tecer-se-á um concatenamento lógico, com uma interpretação sistemático-teleológica, a fundamentar a possibilidade de a Defensoria Pública ingressar com a Ação Civil Pública por improbidade administrativa ou, até mesmo, ação civil pela prática de atos de improbidade.

Também será mostrado um pouco mais das possibilidades conferidas à Defensoria Pública desde 2009 com a Lei Complementar Federal n. 132 (LC n. 132/2009), onde houve um alargamento do controle social exercido por esse órgão, sendo deferido à Defensoria Pública, sem prejuízo a terceiros, e com claro e inequívoco benefício geral, o ajuizamento de ação civil pela prática de atos de improbidade administrativa.

## 2. ESCORÇO HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Antes de adentrar no tema objeto deste artigo, é relevante fazer uma sucinta exposição da história da Assistência Judiciária e da Defensoria Pública.

Os serviços de assistência judiciária gratuita, embrião da Defensoria Pública, foram previstos pela primeira vez em 1897, no Distrito Federal - na época ainda no Estado do Rio de

Janeiro -, quando um Decreto Federal criou o serviço de Assistência Judiciária restrito àquele território.

A Constituição Federal de 1934, em seu art. 113, inciso 32, foi a primeira Lei Magna nacional a prever a existência desses mesmos serviços assistenciais, ainda sem fazer menção à Defensoria Pública, colocando a obrigação de instituir e manter esses serviços nas mãos dos Estados e da União.

Poucos anos depois, durante o Estado Novo, houve um retrocesso acerca do tema, pois a Constituição Federal de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, foi completamente omissa no que tange à assistência jurídica. Já a promulgada em 1946 repetiu quase integralmente o feito da de 1934, como se pode ver do comentário de Felipe Dezorzi Borges:

Apesar do silêncio da Constituição Federal outorgada durante o Estado Novo de 1937, a Constituição Federal de 1946 repetiu no art. 141, § 35, inserido no Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais), o modelo democrático e social de 1934, reiterando o dever de o Poder Público conceder a *assistência judiciária* aos necessitados, deferindo o benefício da *justiça gratuita*, sem, no entanto, mencionar a necessidade de criação de *órgãos especiais*.<sup>1</sup>

Após, adveio a Lei Federal n. 1.060/50, que tratou da assistência judiciária<sup>2</sup>, também não mencionando a Defensoria Pública.

O primeiro momento histórico brasileiro em que houve menção ao termo “Defensor Público” ocorreu com a Lei Estadual do Rio de Janeiro n. 2.188 de 1954, quando houve a criação de cargos dentro da Procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro, designando membros do Ministério Público para exercer funções de assistência jurídica àqueles que não podiam arcar com as despesas de um processo e de um advogado. Percebe-se, então, que a Defensoria Pública nasceu do próprio

---

<sup>1</sup> BORGES, Felipe Dezorzi. **Defensoria Pública**: uma breve história. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14699>>. Acesso em: 16 set. 2013.

<sup>2</sup> Aqui, temos de fazer uma breve explanação sobre as diferenças que há entre benefício da justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica. A própria Lei n. 1.060/50 faz confusão entre esses institutos. A primeira, refere-se ao benefício de isenção de despesas processuais e extraprocessuais (cartorárias) a que tem direito quem se declara pobre na forma da lei (hipossuficiente). A assistência judiciária é a assistência/acompanhamento em processo judicial feita por operador do direito pago pelo Estado à pessoa hipossuficiente. Antigamente, essa assistência era prestada pelos chamados “advogados de ofício”, precursores da Defensoria Pública, pois ficavam vinculados aos ofícios judiciais e suas atuações eram restritas ao ingresso e acompanhamento de processos judiciais. A assistência jurídica, que é a que hoje em dia é exercida pela Defensoria Pública, abrange tanto a atuação processual como extraprocessual, podendo ser prestada a pessoas físicas ou jurídicas, desde que hipossuficientes, ou seja, é bem mais ampla que a assistência judiciária, uma vez que permite que os membros da Defensoria Pública cumpram sua função social de informar, orientar e defender os interesses não só individuais, mas de toda uma coletividade, dentro e fora da Justiça.

Ministério Público, fato, no mínimo, curioso.

Com o passar do tempo, a Defensoria (ainda assistência judiciária) foi se espalhando pelo mapa brasileiro, sendo criada em um Estado e em outro mais preocupado com orientação jurídica dos desabastados.

No Ceará, desde a década de 1960, há notícia de quadro de advogados de apoio na Secretaria de Justiça do Estado, chamados de “advogados de ofício”, cuja função era atuar junto aos escritórios judiciais das comarcas, assistindo quem não podia pagar por um advogado ou rábula.

Conquanto a Constituição Federal de 1988 (CF/88), a Constituição Estadual do Ceará de 1989 e a Lei Complementar Federal n. 80 de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LONDP) já tratem da Defensoria Pública de forma expressa, e como obrigação constitucional e legal da União e dos Estados criar e mantê-las, somente em 1997, com a promulgação da Lei Complementar Estadual n. 06 de 1997, (Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Ceará), finalmente a Defensoria Pública pôde ser formalmente criada e assim denominada no Estado do Ceará.

A Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, deu novo fôlego à Defensoria Pública, dando-lhe autonomia administrativa, funcional e iniciativa de proposta orçamentária própria.

Em seguida, a Lei Federal n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, previu expressamente que a Defensoria Pública é um dos entes legitimados a ingressar com Ação Civil Pública.

A Lei Complementar Federal n. 132, de 07 de outubro de 2009, trouxe mais inovações positivas à Defensoria, como o reforço à legitimidade para ação civil pública e o *jus postulandi* claro e inequívoco decorrente do próprio cargo em si, não necessitando mais os Defensores Públicos estarem inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para exercerem uma de suas principais funções (atuação nos processos judiciais).

Por fim, a Emenda Constitucional n. 80 (EC n. 80/2014), de 04 de junho de 2014, alterou nossa Lei Magna dando um conceito mais atual para a Defensoria Pública, em conformidade com o que já se via na legislação infraconstitucional, bem como determinou a aplicação dos arts. 93 e 96, II, ambos da Constituição, onde se elencam vários princípios/regras próprios da Magistratura, à Defensoria Pública.

### 3. SEMELHANÇAS ENTRE A DEFENSORIA PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Afora os três poderes republicanos (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), a Constituição Federal de 1988 previu, em um capítulo à parte: “Das funções essenciais à Justiça”, capítulo este que englobou o Ministério Público, a Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública, deixando claro que essas entidades/instituições não fazem parte nem estão subordinados a esse poderes republicanos, com exceção parcial da Advocacia Pública, já que, na prática, é delicado esse tema da insubordinação e desvinculação da Advocacia Pública ao Poder Executivo.

A Defensoria Pública e o Ministério Público são órgãos “essenciais à função jurisdicional do Estado”, ao passo que a Advocacia é “indispensável à administração da Justiça”. Segundo conhecida regra científica de hermenêutica, “a lei não contém frase ou palavra inútil supérflua ou sem efeito”, bem como “para uma mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição”. Todos os dispositivos possuem um significado explícito ou implícito. Nesse caso, em que pese haver semelhança nas expressões “essencial à função jurisdicional” e “indispensável à Administração da Justiça”, elas não são iguais, como foram com a Defensoria e Ministério Público, o que mostra que a intenção do legislador constitucional e da própria constituição (*mens legislatoris e mens legis*) foi diferenciar a Defensoria e o Ministério Público da Advocacia.

Traz-se à baila citação do Defensor Público e professor Bheron Rocha:

A própria Constituição, respeitando os desígnios impostos por ela mesma, reconhece no Defensor Público mais do que a figura de um servidor público atrelado ao Poder Executivo, outorgando-lhe uma função muito semelhante àquela conferida ao membro do Ministério Público, de agente político, respeitadas as diferenças de suas relevante missões constitucionais.<sup>3</sup>

Reforçando o que aqui é dito, observe-se o que diz o Defensor Público Felipe Dezorzi Borges em seu artigo sobre a relevância da Defensoria Pública:

---

<sup>3</sup> ROCHA, Bheron. **Estado democrático de direito, acesso à justiça e Defensoria Pública**. Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 78-105, jan/dez 2009, p.91.

Ainda, o constituinte originário deferiu grau de relevância à Defensoria Pública, tendo-a, à semelhança do Ministério Público, instituição fundamental à Justiça e, ainda, essencial à função jurisdicional do Estado.<sup>4</sup>

Os princípios que regem o Ministério Público (unidade, indivisibilidade e independência funcional) são os mesmos que regem a Defensoria Pública, inclusive, com a EC n. 80/2014, tais princípios também passaram a estar previstos na esfera constitucional.

Outro paralelo entre os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público são as vedações, isto é, as práticas impedidas aos Defensores e Promotores, pois são quase integralmente idênticas.

Para os Defensores, elas estão previstas no art. 93 da Constituição (devido à EC n. 80/2014) e nos art. 46, 91 e 130 da Lei Complementar Federal n. 80/94 e são: exercer a advocacia fora das atribuições institucionais; requerer, advogar, ou praticar em Juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma colidam com as funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão; receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; exercer atividade políticopartidária (sic), enquanto atuar junto à Justiça Eleitoral.

Já no que tange aos Promotores, estão previstas no art. 128, §5º, II, da Constituição Federal e art. 44 da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), e são: receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; exercer advocacia; exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de Magistério; exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e as exceções previstas em lei.

Os requisitos para ingressar na carreira da Defensoria Pública e do Ministério Público são semelhantes, pois todos são por meio de concurso público, com prova escrita objetiva, provas escritas subjetivas, prova oral e prova de títulos, sendo ainda necessária também a mesma atividade jurídica (03 anos para a Defensoria Pública (EC n. 80/2014) e 03 anos para o Ministério Público).

Ambas as instituições possuem autonomia funcional, administrativa e orçamentária,

---

<sup>4</sup> BORGES, Felipe Dezorzi. **Defensoria Pública**: uma breve história. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14699>>. Acesso em: 16 set. 2013.

bem como independência funcional<sup>5</sup>.

Os dois órgãos devem receber seus recursos orçamentários por meio de duodécimos, prerrogativa prevista na Constituição e derivada da autonomia orçamentária. Frise-se que tal obtenção de verbas por meio de duodécimos é uma característica que só cabe, além dos dois órgãos aqui tratados, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, consoante art. 168 da Constituição Federal, mostrando o patamar em que a Constituição quis ver a Defensoria Pública. Não se menciona o recebimento de duodécimos pelo Poder Executivo por razões óbvias, já que é esse o Poder que administra o Tesouro e a arrecadação pública.

Também se mencionem como outros aspectos de igualdade entre DP e MP, a sujeição de Promotores de Justiça e Defensores Públicos ao mesmo teto remuneratório, à mesma forma de remuneração por meio de subsídio, bem como o atendimento ao público como atribuição essencial dos órgãos.

A título de reflexão, pode-se pensar na possibilidade de haver apenas um dos dois órgãos (Ministério Público ou Defensoria Pública) com atribuições cumuladas de ambos. Bastaria, para tanto, haver uma reformulação da Constituição Federal ou uma nova Constituição. No entanto, diante de nosso atual contexto social e jurídico, não há necessidade nem utilidade em se proceder a tal fusão, sendo mais interessante, justo e indispensável que esses entes possuam semelhanças estruturais e principiológicas, equilibrando a tríade (acusação, defesa e julgamento).

Dessa forma, embora haja infindáveis semelhanças entre os dois órgãos aqui tratados, apenas o Ministério Público possui a legitimidade de modo manifesto na LIA, não havendo essa previsão para a Defensoria Pública, o que torna a norma contraditória por omissão. Junte-se a este aspecto, para que a Defensoria possua essa legitimidade, os que seguem no próximo tópico.

#### **4. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO ÓRGÃO APTO AO INGRESSO DE AÇÕES POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

A improbidade administrativa, ou seja, a atuação desmoralizada e egoística de um agente

---

<sup>5</sup> Fazendo um adendo ao assunto, é salutar mostrar um exemplo de como essa autonomia e independência da Defensoria pode se dar: caso um Defensor Público atenda cidadão que se enquadre nos critérios de hipossuficiência para fins de ser um assistido da Defensoria Pública, mas a Justiça não o considere pobre na forma da lei para fins de obter o benefício da justiça gratuita (isenção de despesas processuais), poderá acontecer um caso raro, mas hipoteticamente possível, de o cidadão ser beneficiado com a assistência jurídica da Defensoria Pública, sem poder se valer do benefício da justiça gratuita, mostrando a independência e autonomia que a Defensoria Pública possui. Obviamente que essas autonomia e independência não eximem o Defensor Público, como qualquer outra pessoa, de responder por seus atos, porventura constatada alguma infração administrativa, civil ou criminal.

público ou terceiro, é uma das inúmeras nocividades que existe em nossa sociedade, sempre a subtrair as nossas reservas que deveriam ser utilizadas para a consecução do bem comum.

Deve-se ter bem nítido em nossa mente que a Defensoria Pública foi criada e existe para defender interesses de terceiros, seja de modo individual ou coletivo.

#### **4.1. Inovações da Lei Complementar Federal n. 132/2009 e o dever da Defensoria Pública de cuidar de interesses coletivos**

Como já dito, a Lei Complementar n. 132/2009 trouxe inúmeras inovações à Defensoria Pública, cujas principais, para os fins deste artigo, vão a seguir transcritas:

**Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.**

[...]

**Art. 3º-A** São objetivos da Defensoria Pública:

**I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;**

**II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;**

**III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e**

**IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.**

[...]

**Art. 4º** São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

**III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;**

[...]

**VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;**

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

**VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal;**

**IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado**

de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução;

X – **promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;**

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

[...]

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

[...]

XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

[...]

§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.

§ 7º Aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público.<sup>6</sup>[...] (grifos do autor)

Extraí-se do aperfeiçoamento normativo citado, em síntese, que a Defensoria Pública: *a*) é essencial à função jurisdicional do Estado, do mesmo modo que somente ela e o Ministério Público o são; *b*) é expressão e instrumento do regime democrático; *c*) deve promover o respeito aos direitos humanos; *d*) deve promover a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, de interesses individuais e coletivos; *e*) tem como objetivo a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; *f*) tem como objetivo a afirmação do Estado Democrático de Direito; *g*) tem como objetivo a prevalência e efetividade dos direitos humanos; *h*) tem como função institucional promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; *i*) tem como função institucional exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor; *j*) tem como função institucional promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Desde antes da LC n. 132/2009 e EC n. 80/2014, já se defendia a posição da

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

Defensoria Pública como garantidora de interesses coletivos, desde que houvesse ao menos parcela dos prejudicados como sendo hipossuficientes. O ex-Ministro Sepúlveda Pertence do Supremo Tribunal Federal, citando trecho do parecer do Procurador-geral da República em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3569, julgada pelo Plenário, em 02 de abril de 2007, assim dispôs:

[...] ao contrário do alegado pelos requeridos, a norma inscrita no supratranscrito artigo 134, §2º, da Constituição Federal é auto-aplicável e de eficácia imediata, haja vista sr (sic) a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos.

12. De fato, o papel da Defensoria Pública como instrumento de afirmação da dignidade humana, através da garantia de acesso ao Poder Judiciário, é relevante e fundamental à construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, daí porque possui eficácia imediata a norma que assegura autonomia da instituição.<sup>7</sup> [...]

Mostrando a força normativa e o liame que há entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, pontos básicos de atuação da Defensoria Pública, como citado expressamente na LONDP, Camila Vieira Nunes Moura expõe: “Os direitos fundamentais constituem um núcleo de proteção à dignidade da pessoa humana em um dado momento histórico devendo, por conseguinte, ser resguardados na Constituição federal e dotados de força vinculativa máxima”<sup>8</sup>.

Em que pese o art. 129, III, da Constituição, prever a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública, ela não coloca como atribuição privativa ou exclusiva desse órgão. De modo expreso, a Constituição possibilitou outros legitimados a atuarem no cenário jurídico nacional, ao dispor no parágrafo primeiro do mesmo artigo que: “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.<sup>9</sup>

O raciocínio e interpretação mais razoável e condizente com os postulados de nosso Estado Democrático de direito é o de que a Defensoria deverá ter essa legitimidade sempre que parcela dos beneficiados forem hipossuficientes, ainda que a parte majoritária do grupo

---

<sup>7</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007.

<sup>8</sup> MOURA, Camila Vieira Nunes. **A efetivação do direito fundamental de acesso à justiça através da inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados à propositura da ação civil pública.** Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 106-128, jan/dez 2009, p. 111.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

prejudicado com a atitude ímproba seja abastada financeiramente. Relacionado ao tema, cita-se Leandro Coelho de Carvalho:

Temeroso, para não dizer impossível, afirmar que a Defensoria não teria legitimidade para ajuizar ações civis públicas que englobem direitos coletivos *lato sensu* (difusos e coletivos *stricto sensu*), sobretudo porque o conceito de necessitado não se limita ao hipossuficiente econômico. De qualquer maneira, uma ação para prevenir danos ambientais, por exemplo, sempre está ligada ao direito de comunidade carente ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição), e isto possibilitaria a atuação institucional. O direito em jogo analisado sob o plano abstrato, não rmite uma conclusão – antes de tudo, é preciso verificar se algum necessitado, econômico ou não, pode ser beneficiado com o resultado da demanda, mesmo que outros agrupamentos sejam igualmente ofendidos.<sup>10</sup>

O fato ou argumento de que parcela não hipossuficiente dos prejudicados seria indevidamente beneficiada com a ação da Defensoria Pública é retórica usada sem fundamentos convincentes.

A Defensoria Pública deve ser vista como um modo de se atingir a plena cidadania e salvaguarda da dignidade da pessoa humana, como instrumento de democratização da justiça e também como meio de defesa de interesses individuais e coletivos.

#### **4.2. As justificativas para a não previsão atual da Defensoria como legitimada para ação de improbidade e a necessidade de se valer de interpretações e integrações normativas devido à lenta evolução legislativa**

Preteritamente à Lei n. 11.448/2007, que fixou expressamente a Defensoria na Lei n. 7.347/85 como legitimada ativa para ingressar com Ação Civil Pública, a jurisprudência nacional, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, já possibilitava à Defensoria Pública essa legitimidade. A esse respeito, vejamos o que diz Marcelo Abelha Rodrigues:

Desse modo, verifica-se que a Defensoria Pública já podia propor ações civis públicas ou coletivas, mesmo antes da Lei n. 11.448/07, à vista do permissivo

---

<sup>10</sup> CARVALHO, Leandro Coelho de. **A Defensoria Pública e as peculiaridades de sua atuação processual**. Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 129-159, jan/dez 2009, p. 151.

contido no art. 82, III, CDC, uma vez que é órgão público destinado a exercer a defesa dos necessitados. Entretanto, para evitar maiores controvérsias acadêmicas ou jurisprudenciais, o legislador acertadamente reconheceu, por expresse, a legitimidade ativa da Defensoria Pública.<sup>11</sup>

Tanto a Lei da Ação Civil Pública, como a Lei de Improbidade Administrativa, que são, respectivamente, de 1985 e de 1992, não previram a Defensoria Pública, originariamente, em seus textos. No entanto, seria impossível pensar em omissão proposital do legislador, pois a Defensoria Pública só passou a existir formalmente na nossa Lei Magna atual (1988) e, em norma legal nacional, apenas em 1994 com a Lei Complementar n. 80. Os movimentos de instalação, aprimoramento e valorização das Defensorias Públicas pelo Brasil afora, somente tomaram corpo e força no final da década de 1990 e princípio da década de 2000. Isto quer dizer que, antes dessas datas, não era crível ver a Defensoria Pública inserida nos diplomas legais, pois ainda inexistente ou incipiente.

Frise-se ainda que, infelizmente, as alterações legislativas nem sempre acompanham a evolução social, o que leva a necessidade de os operadores do direito se valerem das diversas formas de interpretações e integrações das normas, para que o direito corresponda à justiça.

Didier e Zaneti acreditam que a legitimação expressa da Defensoria Pública para Ação Civil Pública é decorrente da evolução da legislação e da sociedade:

A nova redação do art. 5º da LACP (Lei 7.347/85) determinada pela lei n. 11.448/2007, prevê expressamente a *Defensoria Pública* (art. 5º, II, LACP) entre os legitimados para a propositura da ação civil pública. Atende, assim: *a)* a evolução da matéria, democratizando a legitimação, conforme posicionamento aqui defendido; *b)* a tendência jurisprudencial que se anunciava. Além disso, a redação do dispositivo ficou mais clara. É norma louvável, que além de prestigiar essa importantíssima instituição, estimula a tutela dos direitos coletivos, imprescindível para o correto equacionamento da crise que assola o Poder Judiciário.<sup>12</sup>

É óbvio que a Defensoria Pública, por razões diversas, dentre elas a perseguição de seus objetivos institucionais (defesa de interesses coletivos e difusos, promoção da dignidade da pessoa humana, proteção aos direitos humanos, instrumento de garantia de acesso à justiça e ao Estado

<sup>11</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 396-397.

<sup>12</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie e ZANETI JUNIOR, Hermes. 6.ed. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. Salvador: JusPODIVM, 2011, v.4, p. 219.

Democrático de Direito entre outras coisas), não pode ser alijada da possibilidade de se ingressar com Ação Civil Pública, bem como, pelos mesmos motivos, tem não só a possibilidade, mas o dever de ajudar a sociedade na apuração de improbidades administrativas cometidas pelos nossos administradores públicos.

Reforçando o dito no parágrafo acima, recentemente o nosso Supremo Tribunal Federal decidiu que o Ministério Público possui legitimidade para representar contra propagandas partidárias irregulares, mesmo não estando expressamente previsto na Lei n. 9.096/95 como um legitimado, dando uma “interpretação conforme a Constituição” ao caso posto<sup>13</sup>. O raciocínio a ser utilizado aqui para a Defensoria Pública é exatamente igual ao mencionado nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois, da mesma forma que o STF considerou o MP legitimado ativo para representar contra propagandas partidárias irregulares, mesmo não constando no rol legal, também a Defensoria pode ser considerada legitimada para ação civil pela prática de atos de improbidade, numa interpretação consonante com a Constituição e com os fins colimados para a Defensoria. Pensamento diverso acarretaria contradição e desvirtuamento da lógica interpretativa firmada no Supremo.

Outrossim, releve-se que a norma constitucional base para improbidade administrativa e sua ação, o parágrafo 4º do art. 37 da CF/88, também não fixou legitimidades ativas ou passivas para as ações judiciais.

Em outro caso, também bastante interessante, o STF julgou constitucional o art. 225 do Código Penal de 1940, com a redação anterior à Lei n. 12.015/2009, que dava legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação penal pública condicionada no caso da vítima ou seus pais serem hipossuficientes. Alegava-se que a legitimidade seria da Defensoria Pública e que o Ministério Público estaria adentrando esfera e atribuição da Defensoria Pública. Decidiu-se, de forma correta, que o legislador quis abrir essa exceção e que não haveria qualquer problema ou prejuízo nessa legitimidade concorrente<sup>14</sup>. Novamente, a razão aplicada nesse julgado é a mesma a ser empregada aqui: não há prejuízo à sociedade em haver legitimidade concorrente entre MP e

---

<sup>13</sup> Noticiado no informativo de jurisprudência nº 711 do STF: *O Ministério Público tem legitimidade para representar contra propagandas partidárias irregulares. [...] Apontou-se que essas proibições resguardariam princípios caros ao Direito Eleitoral, como a igualdade de chances entre os partidos políticos, a moralidade eleitoral, a defesa das minorias e, em última análise, a democracia. Consignou-se que a Constituição atribuiria ao parquet a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis, por isso mesmo não lhe poderia tolher a legitimidade para representar contra propagandas partidárias irregulares. Sublinhou-se que a expressão impugnada, ao dispor que a representação “somente poderá ser oferecida por partido político”, vulneraria de forma substancial o papel constitucional do Ministério Público na defesa das instituições democráticas. Vencido o Min. Teori Zavascki, que também julgava parcialmente procedente o pedido, mas reputava que o vício da inconstitucionalidade se resolveria com redução de texto, ou seja, com a exclusão da palavra “somente”. ADI 4617/DF, rel. Min. Luiz Fux, 19.6.2013. (ADI-4617)*

<sup>14</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 92932, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07 de março de 2013.

DP para ações civis pela prática de atos de improbidade.

#### **4.3. A Lei de improbidade administrativa e a Defensoria Pública inseridas no mesmo microsistema de tutela coletiva**

Sabe-se que a tutela dos interesses coletivos *lato sensu* faz parte de um microsistema que, como já afirmado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça é constituído pela Lei de Improbidade Administrativa e pela Lei da Ação Civil Pública, dentre outras. Transcreve-se trecho da ementa do acórdão citado, para se ter a noção real do que lá foi asseverado:

[...]

8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.<sup>15</sup>

[...]

Posteriormente, pronunciamento semelhante foi repetido pelo mesmo tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1221254, julgado pela primeira Turma, em 05 de junho de 2012, consoante transcrição a seguir:

[...]

1. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC).<sup>16</sup>

[...]

Fica bem evidente que o microsistema de proteção aos interesses coletivos, no qual se insere a lei de improbidade administrativa e a Defensoria Pública é autointegrativo, isto é,

---

<sup>15</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 510150, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/02/2004.

<sup>16</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 1221254, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012.

completa-se, sendo impossível e inadequado olhá-lo de forma isolada com o intuito de retirar a legitimidade para ação civil pela prática de atos de improbidade da Defensoria.

#### 4.4. Precedente histórico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Salienta-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS - (Agravado de Instrumento n. 70034602201, julgado pela primeira Câmara Cível, em 19 de maio de 2010) já possui precedente histórico e pioneiro, como sempre o é, afirmando a legitimidade da Defensoria Pública para ingressar com Ação Civil Pública por improbidade. Evidencie-se que essa decisão de segundo grau vem confirmando a decisão do juiz de piso, que também entendeu pela legitimidade da Defensoria Pública. A seguir, transcrevemos a ementa desse julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA.

A conjugação da Constituição Federal com as leis nº 7.347/85 (art. 5º, II, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07), Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1º, 3º e 4º, com a redação que lhe deu a LC nº 132/09) não deixa dúvidas acerca da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública não apenas na defesa dos necessitados, em atenção às suas finalidades institucionais, mas também na tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, na forma da lei.

É manifesta a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas que visem garantir, modo integral e universal, a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e garantir, acima de tudo, o postulado da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

Hipótese concreta em que a Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública visa apurar supostos atos de improbidade administrativa cometidos por administradores da APAE - Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais. Legitimidade ativa reconhecida. Decisão a quo que indeferiu pedido de extinção da lide sem resolução de mérito que vai confirmada.

RECURSO DESPROVIDO. VOTO VENCIDO.<sup>17</sup>

É válido mencionar que os próprios Didier e Zanetti<sup>18</sup> louvam a decisão do TJRS supra

<sup>17</sup> RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGI 70034602201, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, Primeira Câmara Cível, julgado em 19/05/2010.

<sup>18</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie e ZANETTI JUNIOR, Hermes. 6.ed. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo Coletivo. Salvador: JusPODIVM, 2011, v.4, p. 219-220

citada, considerando que essa ação alcançará interesse de pessoas hipossuficientes, que não há mal em se aumentar os legitimados para processo coletivo e também que o Ministério Público numa atitude egocêntrica nesse processo, preocupou-se mais com a neurótica perda de espaço como paladino dos interesses difusos (devido à legitimação da Defensoria) do que com a tutela dos direitos coletivos no caso concreto.

Fora a Ação Civil Pública por improbidade, a Defensoria também pode se valer da ação civil pela prática de atos de improbidade, ou seja, não necessariamente a Defensoria Pública terá de ingressar com uma ACP para defender a moralidade administrativa. Essa interpretação vem de modo claro e fácil quando lemos os incisos VII e VIII do art. 4º da LC n. 80/94, permitindo à Defensoria o uso de qualquer ação capaz de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da sociedade mostra cada vez mais a distribuição de tarefas para a Defensoria Pública para além da atuação estritamente individualizada, o que se percebe com o fato notório da ampla atuação hodierna deste órgão nas mais variadas ações coletivas, judicializadas<sup>19</sup> ou não.

Não faz sentido que haja restrição ao uso da Ação Civil Pública por improbidade administrativa pela Defensoria Pública unicamente por esse órgão não estar expressamente prevista no art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que, como já mencionado acima, a interpretação sistemático-teleológica do ordenamento jurídico, consonante com a Constituição Federal, nos traz incontáveis elementos a permitir que a Defensoria defenda os interesses coletivos da moralidade administrativa, afora as semelhanças entre a Defensoria Pública e o Ministério Público, que ainda serve de recurso a ajudar no sentido da norma.

Diante de tudo que foi dito e mostrado, não é possível haver conclusão diversa da que permite à Defensoria Pública ingressar com ação judicial para apuração de improbidade administrativa, seja por meio de Ação Civil Pública, seja por meio de ação civil pela prática de atos de improbidade, pois a defesa da moralidade administrativa, objetivo principal da Lei de Improbidade Administrativa, faz parte dos objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública, seja porque foi expressamente previsto na Lei Complementar n. 132/2009, como

---

<sup>19</sup> Neologismo comumente utilizado no meio jurídico, mas ainda não agregado à maioria dos dicionários nacionais.

visualizado alhures, seja porque é um direito difuso do povo e, como tal, é dever da Defensoria Pública salvaguardá-lo.

## REFERÊNCIAS

BORGES, Felipe Dezorzi. **Defensoria Pública:** uma breve história. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14699>>. Acesso em: 16 set. 2013.

BRASIL. Lei Complementar n. 132, de 07 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública.

BRASIL. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional:** Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional e Positivo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO, Leandro Coelho de. **A Defensoria Pública e as peculiaridades de sua atuação processual**. Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 129-159, jan/dez 2009.

COSTA, Aldo de Campos. **Entenda os regimes de responsabilidade para políticos.** Revista Consultor Jurídico, 20 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-20/toda-prova-regimes-responsabilidade-agentes-politicos>>. Acesso em: 02 out. 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie e ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo.** 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, v.4.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOURA, Camila Vieira Nunes. **A efetivação do direito fundamental de acesso à justiça através da inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados à propositura da ação civil pública.** Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 106-128, jan/dez 2009.

OLIVEIRA, Simone dos Santos. **Defensoria pública brasileira:** sua história. Revista de Direito Público, Londrina, v. 2, n. 2, p. 59-74, mai/ago 2007. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11456/10192>>. Acesso em 16 set. 2013.

ROCHA, Bheron. **Estado democrático de direito, acesso à justiça e Defensoria Pública.** Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 78-105, jan/dez 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública.** In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). **Ações Constitucionais.** 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

SANTANA, Raquel Santos de. **Lei de improbidade e crime de responsabilidade.** DireitoNet, 26 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5695/Lei-de-improbidade-e-crime-de-responsabilidade>>. Acesso em: 02 out. 2013.



(AINDA) SOBRE O LUGAR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO NA SALA DE AUDIÊNCIAS:  
PROCESSO PENAL E O EMBATE TRADIÇÃO  
VS. CONSTITUIÇÃO

---

*Por Caio Cezar de Figueiredo Paiva*



# (AINDA) SOBRE O LUGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SALA DE AUDIÊNCIAS: PROCESSO PENAL E O EMBATE TRADIÇÃO VS. CONSTITUIÇÃO

*Caio Cezar de Figueiredo Paiva*

*(Defensor Público Federal. Especialista em Ciências Criminais. Editor do [www.oprocesso.com](http://www.oprocesso.com).*

*Fundador do Círculo de Estudos pela Internet - CEI - [www.cursocei.com](http://www.cursocei.com))*

“Sixto Martinez fez o serviço militar num quartel de Sevilha. No meio do pátio desse quartel havia um banquinho. Junto ao banquinho, um soldado montava guarda. Ninguém sabia porque se montava guarda para o banquinho. A guarda era feita porque sim, note e dia, todas as noites, todos os dias, e de geração em geração os oficiais transmitiam a ordem e os soldados obedeciam. Ninguém nunca questionou, ninguém nunca perguntou. Assim era feito, e sempre tinha sido feito. E assim continuou sendo feito até que alguém, não sei qual general ou coronel, quis conhecer a ordem original. Foi preciso revirar os arquivos a fundo. E, depois de muito cavoucar, soube-se. Fazia trinta e um anos, dois meses e quatro dias, que um oficial tinha mandado montar guarda junto ao banquinho, que fora recém-pintado, para que ninguém sentasse na tinta fresca” – Eduardo Galeano<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Citado por CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro – Vol. 1**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 384, no início do capítulo intitulado “O lugar do Ministério Público no processo penal democrático: a concepção cênica da sala de audiências”.

## RESUMO

O presente estudo se propõe a revisitar a discussão sobre o lugar do Ministério Público na sala de audiências, assim o fazendo mediante a demonstração da crise de identidade que vive aquela instituição, que, tendo nascido para que julgador e acusador finalmente não fossem mais confundidos, optou, lamentavelmente, por (con)fundir-se com a magistratura, valendo-se de uma suposta tradição. Este ensaio encerra-se, após promover um enlace entre a paridade de armas e a igualdade entre as partes que requer um processo penal democrático, questionando a inconstitucionalidade do art. 18, I, *a*, da LC 75/93.

**Palavras-chaves:** Ministério Público. Defensoria Pública. Paridade de Armas. Processo Penal. Constituição Federal.

## ABSTRACT

This study aims at revisiting the discussion concerning the place of the Brazilian Public Prosecutor Office in the courtroom. It does so by providing proof of identity crisis facing that institution who was born not to allow that judge and prosecutor were confused anymore, has chosen, regrettably, by (con) fusing with the judiciary, drawing on a supposed tradition. This essay ends, after promoting a link between parity and equality of arms between the parties that requires democratic criminal proceedings, challenging the constitutionality of the article 18, I of the complementary law 75/93.

**Keywords:** Brazilian Public Prosecutor Office. Public Defender. Parity of Arms. Criminal Procedure. Brazilian Federal Constitution.

## SUMÁRIO

1. OBJETO DESTE ENSAIO 2. AFINAL DE CONTAS, O QUE É O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO? 3. A CONCEPÇÃO CÊNICA DA SALA DE AUDIÊNCIAS: (DIS)PARIDADE DE ARMAS E (DES)IGUALDADE NO TRATAMENTO PROCESSUAL 4. A SITUAÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA 5. TRADIÇÃO (?) VS. CONSTITUIÇÃO: CORAGEM DO PODER JUDICIÁRIO EM DAR UM “BASTA” NAS DISCRIMINAÇÕES ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL 6. CONCLUSÃO

## 1. OBJETO DESTE ENSAIO

Pretende-se, com este ensaio, questionar a (in)constitucionalidade da manutenção do assento reservado ao Ministério Público imediatamente ao lado dos juízes, prerrogativa essa inserida na Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 18, I, *a*, da LC 75/93). Ressalte-se, portanto, de início, que a insurgência não se volta contra a prerrogativa de assento à direita dos juízes, o que, diversamente do que dispõe a LOMPU, é previsto na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 41, XI, da Lei 8625/93).

À Defesa não interessa, por certo, quem tomará assento à direita ou à esquerda do magistrado, mas sim que a estrutura cênica da sala de audiências favoreça um ideal de paridade de armas e igualdade entre as partes no processo penal, assim como represente uma ruptura com um passado/presente de concessão de privilégios indevidos, prosseguindo rumo à uma verdadeira democracia processual.

## 2. AFINAL DE CONTAS, O QUÊ É O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO?

Compreender o que é o Ministério Público no processo penal brasileiro se afigura indispensável para a assimilação dos contornos deste estudo. Uma bela síntese da sua importância foi apresentada por Bueno, que advertia para o fato de que “As leis penais não têm vida senão pela ação dele [do Ministério Público]”<sup>2</sup>.

Uma incursão por suas origens fugiria do estreito objeto a que me proponho discutir aqui, mas, a fim de estabelecer uma contradição entre o “por que” de seu nascimento e o que se vivencia, hoje, na prática penal, parece-me oportuno uma brevíssima nota.

A identidade histórica do nascimento do Ministério Público é motivo de divergência entre os estudiosos, sendo que, para essa ocasião, parece ser o bastante a lição de Tornaghi, para quem:

O Ministério Público, tal como numerosos outros órgãos do Estado, não apareceu de jato, em determinado lugar, nem foi produto de ato legislativo. Foi-se formando paulatinamente, foi ajuntado em torno de si várias funções

---

<sup>2</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 127.

espalhadas em diferentes mãos, foi-se aperfeiçoando, até que uma lei o encontrou cristalizado e o consagrou.

E conclui Tornaghi dizendo que onde ele, o MP, “aparece pela primeira vez com todas as suas características atuais é na França, em consequência da reação dos reis contra o poderio dos senhores feudais”<sup>3</sup>.

Seja como for, o que se mostra fora de discussão é que o Ministério Público surgiu, na história, a partir de uma **necessidade**, qual seja a de superar a acumulação das funções de investigar, acusar e julgar nas mãos de uma só pessoa: o inquisidor/juiz. Daí Lopes Jr. dizer, com acerto, que o Ministério Público é uma “parte fabricada”<sup>4</sup>.

Roxin também identifica como sendo um dos principais objetivos perseguidos e alcançados com a criação do Ministério Público a abolição do processo inquisitório, porquanto:

*Al ser transmitida la recolección del material probatorio en el procedimiento preliminar al ministerio público y ser confiada la administración de justicia a la actividad complementaria de dos funcionarios judiciales, independientes el uno del otro, las del ministerio público, por un lado, y las del tribunal, por el otro, el juez alcanzó, por primera vez, la posición de juzgador imparcial del contenido de la acusación, que no reunió un puso él mismo<sup>5</sup>.*

No mesmo sentido, Maier assevera que:

*La necesidad de superar el esquema de la inquisición tradicional, que concluía estableciendo un mismo funcionario para averiguar la verdad y para decidir (el juez inquisidor), que desconocía, en general, la defensa del imputado, y que asimilaba el procedimiento a una encuesta escrita, cuyo único fin era conocer la verdad, condujo a la búsqueda de otro funcionario estatal, distinto y separado de los jueces, para cumplir la misión de perseguir penalmente, representar a la acusación en los debates, restablecidos como métodos para legitimar la decisión, y, de esa manera, a crear un contradictor para el imputado y su defensor, ahora admitiéndose plenamente en el debate, con el objetivo de practicar la defensa e influir en la sentencia. Ese funcionario fue y es el fiscal, cuyo nombre subsistió en*

<sup>3</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal** – Volume 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 479-480.

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 737: “(...) o MP foi uma *parte fabricada* para possibilitar o sistema acusatório e garantir a imparcialidade do julgador”.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. **Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público**. In: El Ministerio Publico en el Proceso Penal. (Compilador) MAIER, Julio B. J. Ad-Hoc: Buenos Aires, 1993, p. 40.

*la lengua castellana, bajo la organización del oficio del ministerio público penal, que se ocupa de acusar y representar a la 'parte acusadora' en los debates penales*<sup>6</sup>.

No Brasil, o MP recebeu um tratamento singular do constituinte de 1988, que lhe conferiu uma importância inédita na nossa história e também no direito comparado<sup>7</sup>, não sendo possível “apontar outra instituição congênere de algum sistema jurídico aparentado ao nosso a que se possa buscar socorro eficaz para a tarefa de melhor compreender a instituição como delineada aqui atualmente”<sup>8</sup>.

No que se relaciona, especificamente, à matéria penal, e aqui se passa a abordar, pois, a pergunta que ilustra esse tópico, destaca-se, dentre as suas funções institucionais, a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (art. 129, I, da CF), e também o seu perfil de **fiscalizador** da execução da lei (art. 257, II, do CPP).

Sobre o primeiro ponto, isto é, aquele relativo ao monopólio da ação penal (pública), decorre, conforme destaca Tucci, “indivudosamente, que, na ação penal de conhecimento de caráter condenatório, o Ministério Público é uma das partes, parte em sentido processual”<sup>9</sup>. Assim, o **bônus**, visto na assunção da responsabilidade privativa a ação penal pública, deve ser acompanhado do ônus, que se mostra em não apenas **comportar-se** como parte, mas, sobretudo, ser **tratado** como.

Visto como parte, prossegue-se para, novamente sem muito avançar, pois essa não seria uma premissa absolutamente necessária para que se defenda o raciocínio em questão, deve-se negar ao Ministério Público a – estranha – qualidade de “parte imparcial”, que, segundo a lição de Badaró:

é incompatível com o processo penal acusatório, que exige um processo no qual haja uma dualidade de partes, em igualdade de condições, e com interesses distintos. Definido o sistema, os sujeitos que nele atuam devem ter a sua função determinada coerentemente com os ditamos do modelo processual escolhido. Em um processo penal verdadeiramente acusatório, é

<sup>6</sup> MAIER, Julio B. J. **El ministerio público: ¿un adolescente?** In: El Ministerio Publico en el Proceso Penal. (Compilador) MAIER, Julio B. J. Ad-Hoc: Buenos Aires, 1993, p. 31.

<sup>7</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1037, em coautoria com MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Mártires.

<sup>8</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1037.

<sup>9</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal – Jurisdição, Ação e Processo Penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 186.

necessário rever a posição do Ministério Público como parte imparcial<sup>10</sup>.

Nesse sentido é a lição, também, de Marques, que já advertia para o fato de que:

Não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação; existiria, aí, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado<sup>11</sup>.

A provocação de Marques não deixa espaço para se retorquir a **parcialidade** do Ministério Público: se o acusador público, órgão do Estado, é imparcial, por que a necessidade de se ter outro órgão, também estatal, pra julgar o caso penal? Indo além: há **espaço** para a atuação de **dois** sujeitos imparciais no processo penal? Passando por questionamentos mais **laterais**, indaga-se: Um sujeito imparcial denunciaria no caso de **dúvida**? Pleitearia a sujeição do réu à Juri no caso de **dúvida**?

O estranhamento é tamanho que Carnelutti, refletindo sobre o tema, perguntara: “não é quadrar o círculo construir uma parte imparcial?”<sup>12</sup>.

Prosseguindo, não se trata, também, de atribuir ao MP a pecha de um “acusador implacável”, pois, como agente público, deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade etc., princípios estes que explicam, p. ex., que eventualmente aja em benefício do acusado.

Igualmente, não há que se extrair da previsão legal de sua suspeição/impedimento a **fonte** da – avocada – imparcialidade. Fosse assim, também os membros da Defensoria Pública seriam imparciais, haja vista sujeitarem-se aos mesmos óbices do impedimento e da suspeição (artigos 45, VI, e 47, ambos da LC 80/94 – relativo à Defensoria Pública da União), além de estarem legalmente autorizados a “deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio (...)” (art. 44, XII, da LC 80/94).

<sup>10</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 194.

<sup>11</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965, v. 2, p. 40-41.

<sup>12</sup> Citado por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice**. IBCCrim, Boletim n. 200, Julho/2009.

A questão, longe de se tratar de um mero debate doutrinário, passa por diversos valores fundamentais para um processo penal acusatório e de natureza democrática, a exemplo da paridade de armas, devido processo legal, isonomia no tratamento e amplitude das formas de se exercitar a defesa e o contraditório.

Identificando perfeitamente o quão retórico é esse discurso da imparcialidade do Ministério Público, Ramos chama atenção para o fato de que:

É ‘confortável’, sem dúvida, para o acusador – para o acusador apaixonado pelo objetivo de condenar certo acusado, digamos – passar-se por imparcial. Esse ‘papel’, que parte da doutrina processual penal insiste em lhe dar, acaba por fortalecer despropositadamente sua posição processual diante do caso concreto e, genericamente, as teses de condenação que eventualmente postular. É deveras intuitivo o desconforto imposto ao ‘arguido’ de se ver perseguido criminalmente por alguém que em um momento é seu acusador e em outro é juiz imparcial. Tamanha fluidez das funções do Ministério Público não pode ser positiva para a garantia de um processo penal verdadeiramente democrático<sup>13</sup>.

Com isso, finaliza-se esse tópico, encerrando a reflexão provocada em seu título, com a conclusão de que não existem acusadores imparciais e que, conforme a lição de Badaró, “melhor para a sociedade, para o juiz e para o próprio acusado que o Ministério Público assuma, de uma vez por todas, o seu papel de parte acusadora, com todas as consequências que isso acarretar”<sup>14</sup>.

### **3. A CONCEPÇÃO CÊNICA DA SALA DE AUDIÊNCIAS: (DIS)PARIDADE DE ARMAS E (DES)IGUALDADE NO TRATAMENTO PROCESSUAL**

No tópico anterior, ao registrar uma brevíssima síntese da origem do Ministério Público, antecipei que tal expediente assumiria importância para que se apontasse, depois, uma contradição com o comportamento atual da instituição. Nascido para que julgador e acusador finalmente não fossem mais confundidos, quis o Ministério Público, hoje, um privilégio (?) que definitivamente não se ajusta com a independência e autonomia de que goza: o assento ao lado do juiz:

---

<sup>13</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 316.

<sup>14</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**, p. 195.

Lei Complementar n. 75/1993

Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

(...)

Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

I – institucionais:

a) Sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem;

Entre viver a independência/autonomia da instituição, resultado de séculos de aprimoramento que veio a se concretizar, no Brasil, na ambiciosa seção I do Capítulo IV da CF/88, e confundir-se com a magistratura, o Ministério Público optou, lamentavelmente, pela segunda.

Não se encontra outra explicativa para tal constatação senão uma gravíssima crise de identidade, um anseio aparentemente reprimido de ser o julgador, quando deveria, ao contrário, assumir-se como parte e, conseqüentemente, ocupar o seu lugar de fala, qual seja, de frente com o acusado.

Diversamente do que possa parecer à primeira vista, o pleito pela mudança da estrutura/concepção cênica da sala de audiências não é despido de interesse prático, já que, conforme advertem Melchior, todos os procedimentos judiciais, toda a composição e símbolos dos tribunais, e também a posição de cada um dos protagonistas da relação processual, tudo conspira à solução do caso penal. E avançam os autores para dizer que:

A disposição cênica da sala de audiência é uma forma de comunicação que é recebida, consciente e, por vezes, inconscientemente, pelas partes, pelo juiz e pela população. A proximidade física de uma das partes com o juiz, ambos apresentando o Estado, gera no imaginário popular a impressão de promiscuidade funcional, de contaminação da imparcialidade, não raro confirmado por conversas ao pé do ouvido entre o acusador e o julgador. Tal fenômeno é refletido em várias pesquisas, cujos resultados são conhecidos, nas quais resta demonstrado que as pessoas não conhecem as verdadeiras funções do Poder Judiciário e do Ministério Público na justiça criminal. ‘O juiz me acusou’ e o ‘promotor me julgou’ são frases cotidianamente percebidas e que acabam por contribuir para distanciar ainda mais as agências estatais da população<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro** – Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 384-385.

Nesse mesmo sentido, o juiz federal Mazloun, responsável por uma das sentenças que determinara a mudança em sala de audiências, afirma que:

Não é difícil imaginar a sensação de desconforto, desconfiança e aflição dos acusados em geral, ao constatarem na sala de julgamentos a figura do órgão acusador ao lado do julgador, conversando, rindo, cochichando, etc. É perceptível a reação diferenciada de testemunhas quando indagadas pelo acusador, sentado ao alto e ao lado do juiz, e depois pelo advogado, sentado no canto mais baixo da sala ao lado do réu. É preciso colocar em pé de igualdade, formal e material, acusação e defesa. É hora de dar um basta a toda essa excrescência de natureza militar, ditatorial, sem qualquer justificativa democrática<sup>16</sup>.

Um confronto justo e franco entre acusador e acusado, esse, por certo, tendo ao seu lado a defesa técnica (defensor público ou advogado), se faz de frente, como sujeitos parciais devem se enfrentar, respeitosamente. Perceba-se, portanto, que ao menos neste estudo aqui apresentado, não se sustenta que a Defensoria deva subir para o lado do juiz, pois a instituição ainda se recorda a que veio, a quem defende e, principalmente, o que defende. Tanto é assim que a LC 80/94 assegurou aos defensores o assento “no mesmo plano do Ministério Público” (art. 4º, § 7º), e não no lugar reservado ao Tribunal. A Defensoria se orgulha de tomar assento ao lado do réu/necessitado. O que se pretende, pois, é que o Ministério Público desça e, como parte que é, seja alocado no seu devido lugar.

Surpreende – negativamente – a informação passada por Prado de que:

[...] em nenhum outro país o Ministério Público com atuação na área criminal senta-se no lugar destinado ao tribunal, isto é, ao lado do juiz. Não se trata de um problema na Europa ou nos Estados Unidos da América, pois quando o Ministério Público conquistou autonomia em face do juiz, com o fim da inquisição, conquistou, conseqüentemente, o direito de não ser confundido com o tribunal. Trata-se de direito do Ministério Público<sup>17</sup>.

Mantendo-se o acusador imediatamente ao lado do julgador cria-se um cenário de (dis)paridade de armas entre as partes e, também, uma (des)igualdade no tratamento processual, na

---

<sup>16</sup> Trecho extraído da inicial da Rcl 12011 ajuizada pelo magistrado citado. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/reclamacao-juiz-ali-mazloun-assento-mp.pdf>.

<sup>17</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 192.

medida em que se provoca, visualmente, uma sensação de “dois contra um”, ou seja, acusador e julgador, juntos, lado a lado, contra o réu.

Promovendo um perfeito enlace entre a concepção cênica da sala de audiências e o direito à igualdade e à paridade de armas no processo penal, Karam, com a contundência que lhe é peculiar, defende que:

A igualdade entre as partes, a paridade de armas, a posição no mínimo equivalente entre Defesa e Acusação, exigem que o Ministério Público esteja colocado nas salas de audiências e sessões de quaisquer juízos ou tribunais (naturalmente aí incluído o próprio Supremo Tribunal Federal) em lugar em tudo semelhante ao que estiver reservado a quem exerce a Defesa.

E prossegue Karam concluindo que:

O equilíbrio entre Acusação e Defesa se revela também na forma como são vistos o Ministério Público, de um lado, e o réu e seu advogado ou defensor, de outro. Não se pode ver o Ministério Público como mais sério, mais honesto, desinteressado, ‘heroico’ defensor da sociedade, ‘fiscal da lei’, enquanto o réu e seu advogado ou defensor estariam dispostos a tudo para evitar a condenação. Essa é uma visão que, além de ser falsa, coloca a Acusação em posição superior à da Defesa. E se uma parte está em posição superior à outra, não há equilíbrio, não há igualdade, não há verdadeiramente contraditório. Essa é uma visão, que, além de ser falsa, é preconceituosa. E, no processo, não podem existir preconceitos. Se o juiz for contaminado por preconceitos, não será imparcial<sup>18</sup>.

Não há sequer um conflito de interesses legítimos a ser resolvido nessa questão, o que exigiria um processo decisório de sopesamento, de ponderação. Há, sim, de um lado, um privilégio travestido de “prerrogativa” do Ministério Público, e, de outro lado, uma série de razões que justificam a mudança da sala de audiências, com a consequente descida do Ministério Público para o local de parte, a exemplo da imagem de imparcialidade que o Poder Judiciário deve passar para os cidadãos, a garantia da paridade de armas e, principalmente, a igualdade substancial entre as partes.

Finaliza-se o presente tópico, então, invocando como conclusão, novamente a lição de

---

<sup>18</sup> KARAM, Maria Lúcia. **O Direito à Defesa e a Paridade de Armas**. (Coords.) PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo Penal e Democracia**: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 404.

Casara e Melchior, quando afirmam que:

A igualdade entre as partes há de ser entendida em sentido material e dinâmico, com o equilíbrio em todos os aspectos capazes de influir (consciente ou inconscientemente) na construção dialética da sentença penal. Impossível querer impor a legislação infraconstitucional de regência do Ministério Público quando em flagrante oposição às normas e diretrizes constitucionais<sup>19</sup>.

#### 4. SITUAÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA

Uma radiografia completa do panorama jurisprudencial a respeito deste tema, com dados sobre decisões de juízes singulares, Tribunais Estaduais e Regionais Federais, certamente demandaria uma pesquisa mais extensa, o que talvez fugisse dos estreitos limites desta provocação.

Abre-se, porém, esse tópico para demonstrar ao menos que a questão segue “aberta” para discussão, inclusive pela primeira instância do Poder Judiciário, porquanto não exista nenhum precedente vinculante nem orientação administrativa com natureza de definitiva que impeça a mudança.

Tem-se, hoje, resumidamente, no Supremo Tribunal Federal, a Reclamação 12011 (ajuizada pelo juiz federal Ali Mazloum) e a ADI 4768<sup>20</sup> (ajuizada pelo Conselho Federal da OAB), ambas pendentes de julgamento. Ainda no STF, há o RMS 21884, no qual, por unanimidade, a 2ª Turma decidiu pela impossibilidade de os membros do MP tomarem assento na mesma bancada reservada aos juízes dos Conselhos de Justiça Militar.

Prosseguindo, encontram-se, também, alguns precedentes no STJ, valendo destacar o RMS 23919, julgado pela 2ª Turma em 05/09/2013, no qual se preservou a “prerrogativa” de o Ministério Público ter o assento à direita e ao lado do magistrado. O relator deste RMS, o Min. Mauro Campbell Marques, antes de ingressar no Superior Tribunal de Justiça, foi membro do Ministério Público por mais de vinte anos, o que talvez explique a naturalidade com a qual apreciou o caso.

No Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, destaca-se a Consulta n. 0000422-19.2011.2.00.0000 e o Procedimento de Controle Administrativo n. 0001023-25.2011.2.000000,

<sup>19</sup> CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro** – Volume 1, p. 387.

<sup>20</sup> Cf. a bela fundamentação apresentada na petição de ingresso como *amicus curiae* do IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, disponível em [http://www.ibccrim.org.br/docs/amicus\\_curiae/ADI\\_n.\\_4768\\_Concepcao\\_cenica\\_em\\_salas\\_de\\_audiencia\\_criminal-Memorial.pdf](http://www.ibccrim.org.br/docs/amicus_curiae/ADI_n._4768_Concepcao_cenica_em_salas_de_audiencia_criminal-Memorial.pdf)

ambos, advirta-se, julgados extintos em razão de a matéria já se encontrar judicializada no STF a partir da Reclamação e da ADI supracitadas.

Logo, como dito, o tema segue “aberto”.

## 5. TRADIÇÃO (?) VS. CONSTITUIÇÃO: CORAGEM DO PODER JUDICIÁRIO EM DAR UM “BASTA” NAS DISCRIMINAÇÕES ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL

Sempre que se coloca para discussão o tema a respeito do assento do Ministério Público ao lado e no mesmo plano do julgador, ouve-se, inevitavelmente, o argumento de que a mudança ofenderia uma tradição. Não se pode negar a inteligência desta tática, pois, afinal de contas, as maiores atrocidades da história da civilização foram cometidas em respeito a uma... tradição.

Já tivemos a tradição de torturar acusados, jogar “bruxas” na fogueira, escravizar negros, desrespeitar os direitos das mulheres, sujeitas animais a entretenimento degradante, enfim, somos pródigos em criar uma tradição para justificar o que a nossa própria consciência reprime, ou, também, para explicar o que, racionalmente, não daríamos conta. Nietzsche já havia questionado:

E o que é a tradição? Uma autoridade superior à qual se obedece, não porque ordene o útil, mas porque *ordena*. – Em que esse sentimento de tradição se distingue de um sentimento geral de medo? É o temor de uma inteligência superior que ordena, de um poder incompreensível e indefinido, de alguma coisa que é mais que pessoal – há *superstição* nesse temor<sup>21</sup>.

Sobre o tema, Ali Mazloum também provoca, indagando: “Que tradição seria essa de sentar a acusação ao lado do julgador?”, e ele próprio responde dizendo que:

Durante a ditadura militar instaurada a partir do golpe de 1964, o assento do acusador nas sessões de julgamento galgou o estrado e aferrou-se à mesa de trabalho do juiz, não por motivos legais, nobres ou de justiça, mas como lembrete da onividência castrense sobre a atividade judiciária. O MPF, na época, agia como uma espécie de *longa manus* do regime.

(...)

Não sendo essa a tradição reivindicada pelo MPF, existe outra, de natureza religiosa, decorrente das diversas passagens do Novo Testamento, que

<sup>21</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Aurora**. Trad. BRAGA, Antonio Carlos. São Paulo: Escala, 2013, p. 35.

mostram que o centro de tudo é Deus (ou o Pai como Jesus o chamava) e é o lugar daquele que detém a autoridade máxima, seguido do lugar à sua direita, reservado a Jesus Cristo.

(...)

Ora, nem o Judiciário é Deus, nem o MPF deveria ter a pretensão de ser filho da divindade. Ademais, acovilhar tradição religiosa em Estado laico para garantir um lugar ao lado do juiz constitui afronta direta à Constituição Federal<sup>22</sup>.

Estaria tal tradição acima da Constituição Federal, a qual garante a igualdade e o devido processo legal, garantias que obrigam, por certo, a paridade de armas entre as partes?<sup>23</sup> A resposta só pode ser evidentemente negativa.

Para que seja modificado esse cenário de discriminação entre as partes no processo penal é preciso, porém, não apenas o conhecimento jurídico e a liberdade para julgar conforme o que considera justo e razoável, mas também uma dose de coragem pelo Poder Judiciário, já que estamos no infértil terreno das vaidades. No entanto, conforme a lição de Ada Pellegrini Grinover, “O juiz penal tem o compromisso constitucional de assegurar as garantias do acusado, cabendo-lhe velar pela observância da ‘par condicio’, como equilíbrio das partes no processo”<sup>24</sup>.

Por essas razões, é preciso que se dê um basta – ainda que tardiamente – na discriminação entre as partes no processo penal, sendo imperioso, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 18, I, *a*, da LC 75/2003, ou ao menos atribuir a tal dispositivo uma interpretação conforme à Constituição, de modo que o seu texto somente possa ser considerado constitucional quando o Ministério Público atuar na qualidade exclusiva de fiscal da lei, pois, segundo adverte Nicolitt:

[...] nas causas de família, na ação penal privada, não há problema no fato de o Ministério Público tomar assento imediatamente à direita do juiz e no mesmo plano, todavia, quando o Ministério Público atua como autor da ação penal, como parte interessada no processo, tal previsão é uma afronta aos princípios insculpidos na Constituição<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> MAZLOUM, Ali. **Julgamento deve refletir isonomia entre carreiras**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-fev>.

<sup>23</sup> Nesse sentido, votou o Min. Marco Aurélio no já citado, aqui, RMS 21884, sobre a estrutura da sala de audiências na Justiça Militar, dizendo que “(...) Assim o é porquanto, no conceito de devido processo legal, está abrangido o tratamento igualitário às partes no processo e é inegável que o Ministério Público da União junto à Justiça Militar atua como tal (...)”.

<sup>24</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha**. São Paulo: 1985, p. 138.

<sup>25</sup> NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 36.

## 6. CONCLUSÃO

Olhar para a estrutura cênica das salas de audiências, hoje, parafraseando Cazusa, é ver o futuro repetir o passado, é se deparar com um museu de grandes novidades... Que o tempo não pare para o processo penal brasileiro!

## REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro – Vol. 1**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha**. São Paulo: 1985.
- KARAM, Maria Lúcia. **O Direito à Defesa e a Paridade de Armas**. (Coords.) PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 404.
- PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 404.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 2013.
- MAIER, Julio B. J. **El ministerio público: ¿un adolescente?** In: El Ministerio Publico en el Proceso Penal. (Compilador) MAIER, Julio B. J. Ad-Hoc: Buenos Aires, 1993.
- MAZLOUM, Ali. **Julgamento deve refletir isonomia entre carreiras**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-fev-28/salas-julgamento-refletir-igualdade-direito-entre-carreiras>.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965.
- NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Aurora**. Trad. BRAGA, Antonio Carlos. São Paulo: Escala, 2013.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ROXIN, Claus. **Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público**. *In*: El Ministerio Público en el Proceso Penal. (Compilador) MAIER, Julio B. J. Ad-Hoc: Buenos Aires, 1993.
- TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal** – Volume 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal – Jurisdição, Ação e Processo Penal**. São Paulo: RT, 2002



# ESTADO SOCIAL E DEFENSORIA PÚBLICA

---

*Por Wilton Resplande de Carvalho*



# ESTADO SOCIAL E DEFENSORIA PÚBLICA

*Wilton Resplande de Carvalho*

*(Defensor Público Federal, mestrando em Direito. Professor da Faculdade Católica do Tocantins)*

## RESUMO

O estudo que se apresenta tem por objetivo abordar aspectos envolvendo o modelo de Estado social e a defensoria pública, instituição inerente ao modelo de Estado provedor por atuar no resgate da dignidade e promoção da cidadania dos desvalidos. Adotou-se o método descritivo qualitativo mediante revisão bibliográfica e estudo da legislação aplicável ao objeto pesquisado. Inicia-se com as características do modelo de Estado social como produto da cooperação mutuamente benéfica, em seguida, aborda elementos históricos e passa a apontar pontos caracterizadores dos diversos modelos de Estado (garantidor, produtor, provedor e neoliberal), finaliza o primeiro capítulo com a ideologia e afeição democrática do Estado social. Aponta que as conquistas advindas do crescimento da economia decorrem do esforço coletivo a ensejar desenvolvimento social através da melhoria da qualidade de vida e progresso para todas as classes sociais. No capítulo seguinte aborda a instituição defensoria pública dentro da estrutura do Estado social, avança para trazer os modelos de defensoria idealizados e o modelo público instituído na Constituição Federal de 1988, no passo seguinte especifica a defensoria pública no modelo brasileiro como instituição hábil à transformação social, onde elenca sua atuação na consecução dos direitos humanos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões. Finaliza o capítulo com apontamentos sobre a justiça social através da defensoria pública.

**Palavras-chaves:** Defensoria pública. Democracia participativa. Estado social.

## ABSTRACT

The present survey aims to debate the aspects involving the Social State model and the Public Defender, institution inherent to the model of State which provides by acting in the rescue of the dignity and promotion of the underprivileged's citizenship. The qualitative descriptive

method was adopted by bibliographic reviewing and investigation of the legislation applied to the researched object. It begins with the Social State model's features as a product of the mutually beneficial cooperation, then it discusses historical elements and it points to characterizing points of the several State's models (guarantor, producer, provider and neoliberal), the first chapter ends with the Social State's ideology and affection. It shows that the achievements accrued from the economy's increase elapse from the collective effort to give rise to the social development through quality life's improvement and progress to all social classes. The next chapter debates the Public Defender institution within the Social State structure, it advances in order to bring the idealized defender models and the public model established on the Federal Constitution from 1988, in the next step it specifies the Public Defender on the Brazilian model as an institution able to the social transformation, where it lists its performance on the human rights attainment of first, second, third and fourth dimensions. The chapter ends with notes about the social justice through the Public Defender.

**Keywords:** Participatory Democracy. Public Defender. Social State.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. ESTADO SOCIAL 2.1 Elementos Históricos 2.1.1 Estado garantidor (liberal) 2.1.2 Estado produtor (socialista) 2.1.3 Estado provedor (social) 2.1.4 Estado neoliberal 2.2 Aspectos Ideológicos do Estado Social 2.3 Feição Democrática do Estado Social 3. DEFENSORIA PÚBLICA 3.1 Modelos De Assistência Jurídica Gratuita 3.1.1 *Pro bono* 3.1.2 *Judicare* 3.1.3 *Salaried staff*: modelo brasileiro 3.2 Instituição Afeita Ao Estado Social De Direito 3.3 Justiça Social Através Da Defensoria Pública 4. CONCLUSÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo envolve aspectos do Estado social e a Defensoria Pública como instituição necessária neste modelo de organização política e jurídica. Estado social como instrumento de organização do poder e da sociedade, cujo sustentáculo de legitimidade do poder é a cooperação mútua benéfica caracterizada pela democracia participativa. A Defensoria Pública como instituição essencial do Estado social possibilita através do amparo jurídico aos desvalidos economicamente o acesso igualitário de todos aos direitos fundamentais de primeira à quarta dimensão.

A contextualização do estudo começa com a definição caracterizadora do Estado social para no passo seguinte adentrar no contexto histórico dos modelos de Estados idealizados. Aponta que a revolução burguesa, assentada na ideologia liberal, que teve em Kant e Montesquieu seus filósofos políticos com maior destaque, derrubou o absolutismo do monarca para estabelecer a primeira noção do Estado de Direito, onde nas palavras de Bonavides “o Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade. [...] A burguesia revolucionária utilizou-a para estreitar os poderes da Coroa e destruir o mundo de privilégios da feudalidade decadente”<sup>1</sup>. Desse modo os ventos de liberdade sopraram a fumaça protetora da monarquia divina.

Estabelecido o modelo de Estado liberal, primeiro Estado jurídico, os privilégios sustentados na legalidade apenas mudaram de titularidade, saíram da monarquia e passaram para a burguesia. Este modelo não atendeu os anseios da classe operária que ficou exposta à sanha dos detentores do poder econômico, de maneira que passa a reclamar por democracia e ganha espaço os filósofos do modelo de Estado social como Rousseau e Marx, isso porque a liberdade do liberalismo não se sustenta porque os homens não são dotados de igual capacidade.

O Estado social é irmão siamês da democracia, onde às normas se submetem os cidadãos e o próprio Estado, cujos detentores do poder são escolhidos pelo sufrágio universal. Seus defensores lutam por uma Constituição aberta, real e efetiva. Ao contrário dos defensores do Estado liberal e sua nova roupagem neoliberal, cuja preocupação suprema é com a norma positivada, a legalidade, sendo indiferente com os valores e legitimidade do ordenamento.

Os liberais querem uma Constituição garantista, pois são dotados de capacidade econômica e podem torná-la efetiva para os detentores dos poderes políticos e econômico. Já para as classes menos favorecidas defendem uma constituição meramente programática, cujos direitos sociais efetivos ficam só no imaginário popular, satisfazendo apenas o suficiente para manter a tensão social em patamar que não coloque em risco a dominação burguesa.

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 41-42.

No Estado social os direitos sociais são titularizados por todos e todas as classes sociais devem ter acesso, por isso são instituídos na estrutura do Estado órgãos vocacionados para o amparo dos desamparados, dentre estes órgãos apresenta-se como essencial a Defensoria Pública por viabilizar a transformação social mediante assistência jurídica gratuita para fazer valer os direitos garantidos.

## 2. ESTADO SOCIAL

Ciente de que o conceito de Estado é um dos mais controvertidos da ciência política e para não perder o foco do presente artigo, apenas se apresenta os elementos necessários para a compreensão desta organização e dos modelos de Estado, vez que integra o objeto deste estudo, sendo o Estado uma organização política, social e jurídica que possui três elementos essenciais: povo, território e governo soberano. Para Bastos, Estado é uma “organização ou sociedade político-jurídica que resulta do fato de um povo viver em um território delimitado e governado por leis fundadas num poder soberano”<sup>2</sup>. Já o viés ético do Estado é tratado por Nalini ao dizer que “o Estado, como pessoa, é uma ficção. Constitui arranjo formulado pelos homens para organizar a sociedade e disciplinar o poder, a fim de que todos possam se realizar em plenitude, atingindo suas finalidades particulares”<sup>3</sup>. Finaliza dizendo que a ética ou aética do Estado está no componente humano do Estado.

Pontuado alguns aspectos característicos do conceito de Estado, passa-se a abordar os elementos caracterizadores do modelo de Estado moderno.

Denomina-se Estado Social o modelo de Estado voltado a realizar o bem coletivo, que pauta sua atuação na tentativa de satisfazer as necessidades vitais de todos seus cidadãos mediante a oportunidade de participação na produção da riqueza e de fruição das benesses agregadas à Nação através do trabalho coletivo. Busca a vinculação dos membros da sociedade aos interesses do bem comum como seus elaboradores e beneficiários.

Trata-se do Estado cuja finalidade consiste na proteção aos mais pobres e aos desamparados, mediante a adoção de políticas públicas que favoreçam a repartição mais equilibrada das riquezas a impedir que as necessidades humanas fundamentais permaneçam insatisfeitas e que pereçam os homens por elas oprimidos. Adota mecanismos necessários para

---

<sup>2</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8.

<sup>3</sup> NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 8. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 271.

que os cidadãos carentes sejam ajudados a adquirir conhecimentos, a entrar no círculo de relações jurídicas integradoras da sociedade, a desenvolver as suas aptidões, para melhor valorizar as suas capacidades e recursos.

Na doutrina de Bonavides<sup>4</sup> fica caracterizado ser o Estado social garantidor de direitos individuais e provedor de direitos sociais.

O Estado social contemporâneo compreende direitos da primeira, da segunda, da terceira e da quarta gerações numa linha ascendente de desdobramento conjugado e contínuo, que principia com os direitos individuais, chega aos direitos sociais, prossegue com os direitos da fraternidade e alcança, finalmente, o último direito da condição política do homem: o direito à democracia.

A construção deste modelo humanizador de Estado advém do aprimoramento dos sistemas vetustos, cujos elementos característicos de cada serão sucintamente apresentados a seguir.

## 2.1 Elementos Históricos

Os contextos político, econômico e social impuseram transformações macroinstitucionais que afetaram o papel do Estado ao longo dos anos. Os anseios sociais por liberdade inspiraram novas teorias a respeito do papel do Estado, as quais fundamentaram o sentimento de autonomia e democracia, de maneira que impulsionaram a Revolução Francesa através das lutas burguesas, vindo a consolidar as concepções de democracia e cidadania com respaldo no espírito de igualdade e liberdade constante nas teorias filosóficas modernas.

Estes elementos qualificam o denominado Estado garantidor de direitos, surgido após a Revolução Francesa no século XVIII, que será abordado no subtópico seguinte.

Antes, faz-se necessário apontar aspectos anteriores da organização estatal até a consecução do Estado Liberal, aspectos do Estado absolutista caracterizado pela forma de Estado feudal que veio ser superado pelas revoluções burguesas.

Até triunfar os ideais por liberdade, prevaleciam as monarquias de direito divino e instituições feudais sacralizadas, cujo poder não era titularizado pelo povo, mas erguido sobre a

---

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 17.

tradição, o preconceito, a irracionalidade e o privilégio.

Era um Estado de soberanos absolutistas que estavam acima do Direito, o rei neste regime, para manter a dominação irracional dos súditos, pregava ter recebido seu poder de Deus e, assim, não admitia qualquer limitação ou responsabilização vez que exercia poder incontrolado sobre os indivíduos, daí a célebre afirmação de que “o rei não erra!”. Neste sistema institucional o monarca se confundia com o próprio Estado, no qual apenas o indivíduo era submetido ao respeito do Direito.

O pensamento iluminista idealizava um Estado de Direito, que nas palavras de Bastos é “mais que um conceito jurídico, é um conceito político que vem à tona no final do século XVIII, início do século XIX. Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunha ao absolutismo, ao Estado de Polícia”<sup>5</sup>. A premissa ideológica voltava sua força para a constituição de um Estado responsável e com os governantes também subjugados ao Direito. Bastos assim o qualifica:

os movimentos burgueses romperam com a estrutura feudal que dominava o continente europeu; assim os novos governos deveriam submeter-se também a novas leis. Originadas de um processo novo onde a vontade da classe emergente estivesse consignada<sup>6</sup>.

Superado o absolutismo, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade fomentaram novos modelos de Estado, cujas características básicas serão a seguir apontadas, a começar pelo Estado liberal.

### 2.1.1 *Estado garantidor (liberal)*

Estado liberal na definição de Diniz é:

aquele que coloca a individualidade da pessoa como ponto nuclear ou central, assegurando a cada uma todas as liberdades fundamentais e a livre iniciativa, assumindo a defesa dos direitos individuais e procurando atingir o máximo

<sup>5</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 157.

<sup>6</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 156.

de bem-estar comum com o mínimo de intervenção, inclusive na economia. Visa, portanto, uma sociedade livre de qualquer gestão ou direção do poder estatal<sup>7</sup>.

É o Estado garantidor dos direitos civis e políticos, direitos de primeira dimensão, também chamado Estado liberal, que se institucionalizou após o sucesso das revoluções burguesas, cujo marco expoente foi a Revolução Francesa (1789) subsidiada na doutrina filosófica de Kant e Montesquieu.

Trouxe como maior legado o princípio da separação de poderes, e como característica essencial o distanciamento do Estado das relações privadas, que ficaram livres diante da exaltação da autonomia da vontade. Para Bastos:

passa o Estado a ter suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, a proteção da liberdade e da propriedade individual. É a idéia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos, a não ser para o cumprimento de suas funções básicas; fora isso deveriam vigor as regras do mercado, assim como a livre contratação<sup>8</sup>.

O modelo sustentado nas teses liberais ao exaltar o feroz individualismo mostrou-se o Estado de uma classe, a detentora do capital, de modo que se desencadeou a ditadura da burguesia que passou a explorar a classe operária (proletariado). O Estado ficou sendo mero instrumento de dominação em favor do capitalismo burguês, de satisfação de regalias e privilégios dos detentores do poder. Como não poderia deixar de ser, afirma Bastos<sup>9</sup>, este Estado formalista recebeu inúmeras críticas na medida em que permitiu quase que um absolutismo do contrato, da propriedade privada, da livre empresa.

A incompletude do modelo é demonstrada nas palavras de Bonavides:

A antinomia Estado-sociedade, proveniente da falsidade da ideologia burguesa, já não pode, assim, em suas vestes formais dissimular o holocausto social da liberdade. Um holocausto que teve por vítima maior a classe obreira, o chamado quarto estado ou proletariado, segundo a linguagem da revolução de massas,

---

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 246.

<sup>8</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 157.

<sup>9</sup> Idem.

linguagem hoje um tanto arcaizada, de inspiração no marxismo-leninismo<sup>10</sup>.

Como fator impulsionador da decadência do Estado liberal tem-se a ausência do direito de participação de todas as classes sociais, que ficou restrita à classe burguesa. Tornou-se um Estado das minorias liberais, um Estado de privilégios e desigualdades sociais aviltantes.

Era necessário redimensionar este modelo de Estado, pondera Bastos, “lançar-lhe outros fins; não que se desconsiderassem aqueles alcançados, afinal eles significaram o fim do arbítrio, mas cumprir outras tarefas, principalmente sociais, era imprescindível”<sup>11</sup>

Consigne que o modelo foi de grande valia na medida em que desmontou o absolutismo estatal e firmou os direitos fundamentais de primeira dimensão, consistente na conservação do caráter de direitos de defesa do cidadão contra o próprio Estado, este passou a ser instrumento de garantia da liberdade frente à própria potência estatal.

### 2.1.2 *Estado produtor (socialista)*

Consustancia num modelo de Estado no qual não se admite a livre iniciativa, é vedado ao cidadão desenvolver atividades empresariais e onde inexistente uma economia de mercado, mas uma economia dirigida pelo Estado. Assim, os fatores de produção (terra, capital, mão de obra e tecnologia) são exclusivamente titularizados pelo Estado, que é o único produtor. É o modelo vigente nos Estados socialistas, que adotaram ditaduras comandadas por partido único e com única ideologia.

O modelo mostra-se egocêntrico na medida em que impõe a subsistência apenas de uma classe social, com prestígio para a classe operária, é espécie de modelo afeito aos regimes déspotas que tenta estabelecer a ditadura da classe operária.

Sua insustentabilidade advém da ausência do lastro democrático. Este modelo de organização de poder e de Estado foi levado a cabo pela Revolução Soviética na primeira metade do século XX, que implantou a mesma opressão então combatida, conforme as palavras de Bonavides:

---

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 15.

<sup>11</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 157.

O Estado socialista, da versão de Marx e Lênin. Gerando a ditadura do proletariado, esse modelo, na prática e na realidade, configurou historicamente uma paradoxal forma política, tão negativa, tão rude e tão opressiva para a liberdade humana, em razão dos desvios de poder, quanto haviam sido aquelas a que se propusera opugnar e abolir: a do absolutismo das velhas autocracias imperiais e da burguesia, que trazia no ventre a ditadura do capitalismo<sup>12</sup>.

Após o fim do socialismo nos Estados que o adotaram, percebe-se o retorno da ideologia liberal que se apresenta, oportunisticamente, como modelo vitorioso, mas agora com as vestes do neoliberalismo, cujo propósito é desfalcocar e impedir a disseminação da essência do Estado social.

### 2.1.3 *Estado provedor (social)*

Inicialmente cumpre destacar que Estado social não se confunde com Estado socialista, que foi retratado acima, o qual renuncia à ordem capitalista. Já o Estado social nas palavras de Bonavides:

representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia<sup>13</sup>.

Também denominado Estado Providência e é assim definido por Diniz “aquele que intervém no meio socioeconômico, sem suprimir o direito de propriedade, para minimizar os efeitos de força do capital e defender o proletariado, sem buscar a igualdade utópica dos socialistas”<sup>14</sup>.

A nova concepção é decorrente de um processo de democratização do Estado, cuja origem na doutrina de Bastos<sup>15</sup> advém dos movimentos políticos do final do século XIX, início do XX, que transformaram o velho e formal Estado de Direito num Estado Democrático, onde

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 32.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 184.

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 246.

<sup>15</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 157.

além da mera submissão à lei deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos.

É o modelo em que prevalece a dimensão democrática do exercício do poder a possibilitar a fruição dos direitos fundamentais pela coletividade, onde o Estado se concretiza sob à égide de um objetivo maior consistente no bem comum, cuja premissa são todos colaboram com o Estado, seja pagando tributos, seja prestando serviço público relevante, seja fiscalizando, e o Estado ampara todos os cidadãos, especialmente os menos favorecidos.

É um Estado que vai além da simples garantia dos direitos fundamentais (Estado garantidor), mas que intervém e presta serviços necessários a fim de satisfazer a dignidade de todos os cidadãos, é o Estado que através de políticas públicas age provendo meios de subsistência e resgate da cidadania através da repartição dos bens sociais.

A base filosófica é extraída do Contrato Social de Rousseau, como consta na citação de Bonavides “O Homem nasceu livre e por toda parte se acha escravizado”<sup>16</sup> e no Manifesto Comunista de Marx, conforme Bonavides “Na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: o espanto de ver o Homem escravizado.”<sup>17</sup> A idealização do novo modelo tem por premissa devolver ao homem a liberdade perdida pela necessidade, Rousseau queria a emancipação política do Homem e Marx a libertação econômica.

Trata-se do modelo de Estado que faz mais do que simplesmente garantir o acesso à educação, mas que disponibiliza o serviço público de educação diretamente ou mediante subsídios e/ou sistemas de bolsas, igualmente presta o serviço de saúde, subsidia programas habitacionais e de transferência de renda, cujo propósito é a inclusão social.

Através do apoio inicial do Estado aos desvalidos, viabiliza-se a todos os cidadãos a oportunidade e chance de usufruírem da riqueza produzida pela Nação, passando a integrar a comunidade e titularizar os direitos sociais, de maneira que o ser humano, bem nutrido, educado, saudável e com moradia digna, torna-se capaz de por si só buscar e satisfazer as necessidades familiares. Dessa maneira, não mais precisará da assistência estatal.

Com efeito, não se está a falar de assistencialismo dependente, que aprisiona pela necessidade premente, pois se trata do desvirtuamento dos fins do Estado provedor para outros eminentemente egoísticos e eleitoreiros para permitir a perpetuação da classe dominante no poder e manutenção, apenas para os amigos do poder, do assistencialismo de luxo através de privilégios e regalias. Estamos a falar do amparo estatal para efetivação dos direitos sociais, que constitui ação

---

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 169.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 173.

relevante para a realização da justiça distributiva e erradicação da pobreza.

Dentre as ações estatais promovidas para resgate da dignidade e promoção da cidadania, isto é, atuação do Estado provedor, há o serviço de assistência jurídica integral e gratuita destinado aos hipossuficientes, que será mais detalhado no item 3.

#### 2.1.4 *Estado neoliberal*

Trata-se do pensamento ideológico que se apresenta inimigo do Estado Social na medida em que coloca os direitos fundamentais, conquistados a duras penas, no plano meramente declaratório e programático, enquanto no Estado Social a premissa é efetivá-lo à integralidade da sociedade.

É a mesma doutrina liberal, mas vestida com roupagem do capital globalizado, do capital sem fronteira e sem limite, em suma, é a burguesia se reestruturando para manter sua hegemonia através da máquina de poder, que domina mercados e anula, com pactos de vassalagem e recolonização, a soberania dos países em desenvolvimento, como diz Bonavides, “capitalismo de agressão, é ele o inimigo mais feroz do Estado social porquanto percebe que este o ataca e organiza a resistência dos povos oprimidos.”<sup>18</sup>

Representa retrocesso social na medida em que o Estado volta a se afastar da proteção dos cidadãos para deixá-los livres no jogo privado da busca contumaz e a qualquer custo do lucro. Bonavides deixa assentado que “no Velho Mundo o retrocesso neoliberal fere tão somente a epiderme da sobredita forma de organização do poder, ao passo que nos países da periferia a lesão do tecido social é bem mais grave e profunda.”<sup>19</sup>

O novo discurso da burguesia através da ideologia neoliberal demonstra viés eminentemente egoístico ao se incomodar e agir para que a riqueza advinda com o crescimento da economia não chegue a todas as classes sociais, cujo crescimento da economia culminou na diminuição do desemprego, no aumento da arrecadação e na melhora da classe média e baixa, isto é, os direitos e vantagens do Estado Social começaram a chegar aos pobres, alcançando a todos.

A perspectiva do discurso liberal com a cortina do discurso neoliberal afronta o Estado social, como é suscitada por Bonavides:

---

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 10.

<sup>19</sup> Idem.

Esmacê-lo e depois destruí-lo é parte programática das fórmulas neoliberais propagadas em nome da globalização e da economia de mercado, bem como da queda de fronteiras ao capital migratório [...]

Aí os fortes esmagam os fracos, os grandes anulam os pequenos e as minorias, senhoresando os privilégios e concentrando o capital, perpetuam a ditadura social dos poderosos. De tal modo que ao povo – desmaiado o Estado social – restar-lhe-á unicamente o partido da resignação ou do desespero. E nessa alternativa, o desespero é, como sabemos, o conselheiro do crime e da revolução. No crime o País já vive com as guerrilhas urbanas dos delinquentes que traficam drogas. Na revolução, quem dirá, já não é este momento a antevéspera de um terremoto político e social?<sup>20</sup>

O pragmatismo do discurso neoliberal traz a retomada do domínio exclusivamente burguês em benefício único de parcelas privilegiadas do meio financeiro e empresarial, sem se preocupar com o empobrecimento do povo, com a precarização das relações de trabalho, com o esfacelamento dos valores sociais que conduzem a juventude à promiscuidade criminosa e lenocínios. Em suma, com o simpático discurso de crescimento econômico, o desenvolvimento social é alcançado apenas pelos iluminados da burguesia, já que para os assalariados restará o aumento do fosso da miséria e o pagamento com sua dignidade dos privilégios e regalias da classe dominante, mantendo intacta sua hegemonia.

## 2.2 Aspectos ideológicos do Estado Social

A construção ideológica do Estado social originou-se da inspiração por justiça, igualdade e liberdade, extraídas dos pensamentos de Rousseau e Marx, na doutrina de Bonavides “Rousseau deu à democracia moderna sua teoria pura. Marx emprestou ao socialismo a feição científica de que carecia, libertando-o das velhas utopias, comuns a todos os predecessores”<sup>21</sup>, ambos detestam os privilégios de classe.

A identidade da nação é expressa no constitucionalismo que abomina a opressão por uma classe social e maximiza a libertação de todas as classes sociais, onde se prestigia o igualitarismo democrático e há um Judiciário esteio da salvaguarda dos direitos fundamentais.

A ideologia do Estado Social é expressa nas palavras de Bonavides (2013, p. 11)

---

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 12-20.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 165.

Estado social, qual o entendemos, é democracia, não decreto-lei nem medida de exceção. É Estado de Direito, não é valhacouto de ambições prostituídas ao continuísmo dos poderes e dos mandados. É governo, não tráfico de influência que avilta valores sociais. É poder responsável e não entidade pública violadora dos interesses do país e alienadora da soberania. Estado social por derradeiro, é identidade da nação mesma, expressa por um constitucionalismo de libertação, por um igualitarismo de democratização e por um judicialismo de salvaguarda dos direitos fundamentais.<sup>22</sup>

A marca substancial da ideologia do Estado social é a democracia participativa que ascende e exerce poder num programa de justiça, liberdade e segurança.

Nas palavras de Bonavides<sup>23</sup> é o modelo de Estado não de uma classe só da sociedade mas de todas as classes. Trata-se, portanto, de um ambiente democrático hábil a se estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais através do intervencionismo estatal e garantia da livre iniciativa.

O Estado social contemporâneo, na construção de Bonavides<sup>24</sup>, mostra-se hábil a possibilitar a superação da contradição entre igualdade política e desigualdade social, sendo o Estado de todas as classes, torna-se fator de conciliação, mitigador de conflitos sociais e pacificador entre o trabalho e o capital.

### 2.3 Feição democrática do Estado Social

A consistência do modelo é respaldada na organização mais equilibrada do Estado e da Sociedade a possibilitar o alcance dos fins sociais da pessoa humana. Daí sua denominação como Estado Social Democrático, assim definido por Diniz “é o que, apesar de conservar traços do liberalismo, contém uma organização socializada, não individualista, da vida econômico-social, baseada numa estrutura social reformulada, com economia dirigida, e caracterizada pelo intervencionismo estatal.”<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 11.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 246.

Possibilita superar a face da sociedade caracterizada na doutrina de Bonavides pela medida da “injustiça das desigualdades, a batalha dos egoísmos, o teatro das ambições, o espaço fechado de privilégios, a competição de classes, o jogo de interesses, as contradições, os agravos, as hostilidades conduzidas às esferas da economia, isto é, do trabalho e do capital.”<sup>26</sup>

O modelo de Estado Social foi experimentado pelos países de primeiro mundo e chegou ao ápice após a II Guerra Mundial, cuja consecução inspirou outros Estados que passaram a integrar com status constitucional valores como: justiça, igualdade e paz social.

A feição democrática do modelo é perceptível na mudança do paradigma do princípio da legalidade para o princípio de legitimidade. Isso porque a depender das forças atuantes na determinação da legislação em dado momento histórico, pode-se legalizar atrocidades que só a natureza humana pode conceber, mas que não encontrará respaldo na legitimidade dos valores construtivos da sociedade. O valor democrático sobreviverá na conciliação dos direitos sociais, que faz lícita uma maior intervenção estatal na esfera econômica e cultural, com a justa garantia do individualismo, que habilita sua atuação segura com reconhecimento dos direitos fundamentais da personalidade e da livre iniciativa.

Na interpretação de Bonavides<sup>27</sup> a paz entre as correntes do velho liberalismo do século XIX e as novas ideias socialistas do século XX pode ser selada mediante o compromisso do chamado Estado Social, que se apresenta como um equilíbrio democrático se contrapondo às ditaduras de classes, burguesa e proletariada, respectivamente. Assim, o Estado social do constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX apresenta-se mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos fundamentais.

A base democrática do Estado social apresenta-se na forma humanizadora do exercício do poder sustentado no valor da liberdade, no consenso das classes sociais, cuja concretização é pressuposto para consecução dos direitos fundamentais de terceira dimensão, os da fraternidade.

### 3. DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 no Título IV traz a Organização dos Poderes, estando no Capítulo IV as funções essenciais à justiça. No art. 127 consta o Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica,

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 8.

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No art. 131 trouxe a Advocacia-Geral como instituição representante da União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. No art. 133 trouxe a advocacia privada como indispensável à administração da justiça. Por fim, no art. 134 trouxe a **Defensoria Pública** como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, cuja remissão está no Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), especificamente, no Capítulo I (Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), o qual determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”<sup>28</sup>

Trata-se, portanto de um direito individual e coletivo fundamental do cidadão necessitado ter à sua disposição os serviços de assistência jurídica integral e gratuito. O Advogado e Professor Pontes Filho fundamenta o relevante *status* constitucional da defensoria pública ao dizer “forçoso lembrar, de logo, que não por acaso a Constituição de 1988 tratou de prescrever, logo em seu preambular artigo, constituir a República Federativa do Brasil em **Estado Democrático de Direito**.”<sup>29</sup>

Através do atendimento emprestado à população carente torna-se possível efetivar os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*), erradicação das desigualdades sociais (art. 3º, III) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Há diversos modelos idealizados de assistência jurídica aos desvalidos, seja privado, público ou misto. A seguir serão apresentados os modelos e a opção do Poder Constituinte.

### 3.1 Modelos de assistência jurídica gratuita

Os Estados de acordo com seus influxos políticos-ideológicos predominantes adotam modelos diversos de assistência jurídica, os com vieses mais liberais optam por modelo com características privadas, já os voltados para a proteção social caminham para a publicização do sistema.

Os modelos a seguir apresentados não são herméticos, vez que admitem variações e combinações formando modelos híbridos.

---

<sup>28</sup> BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, 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: 01 abr. 2014.

<sup>29</sup> PONTES FILHO, Valmir. **Poder, direito e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 307.

### 3.1.1 Pro bono

O brocardo de origem latina pro bono significa “para o bem” é assimilado como prestação de serviço gracioso disponibilizado por solidariedade, sendo normalmente exercido em conjunto com as atividades profissionais do voluntário.

Ensina Viana<sup>30</sup> “o modelo pro bono implica na prestação de assistência judiciária gratuita por profissionais liberais (advogados), sem nenhuma espécie de contraprestação por parte do Estado.”

O modelo tem sua importância em razão do cunho fundado em valores morais e sentimento de piedade e até mesmo de indignação diante de injustiças. Entretanto, mostra-se problemático por não ser um direito integrante do patrimônio subjetivo do necessitado, o qual fica a depender da boa vontade e disponibilidade do caridoso.

O Brasil não adotou o modelo de assistência jurídica pro bono visto que o Constituinte de 1988 incluiu a assistência jurídica integral e gratuita como direito fundamental do hipossuficiente. Entretanto, não vedou a prática da advocacia pro bono, sendo até incentivada pelo caráter altruísta.

### 3.1.2 Judicare

Este sistema é restrito a assistência judiciária, isto é, assistência jurídica prestada em um processo judicial, cujo advogado é pago pelo Estado através de honorários arbitrados pelo juiz.

Os profissionais que prestam os serviços advocatícios são profissionais liberais, os quais colocam-se à disposição para serem procurados pelos cidadãos hipossuficientes, que satisfazendo os requisitos legais, tem o direito de ser atendido e sua demanda levada ao Poder Judiciário.

Sua caracterização vem na obra de Lima<sup>31</sup>:

Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida

---

<sup>30</sup> LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador. Jus Podium, 2010, p. 55.

<sup>31</sup> LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador. Jus Podium, 2010, p. 56.

*como um direito* para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem recebe.

O modelo não é o adotado no atual sistema constitucional brasileiro, mas ainda persiste sua utilização em razão da implementação a passos lentos do determinado pelo Constituinte, é o denominado advogado **dativo** que é nomeado pelo juiz e recebe do Estado.

Trata-se de modelo incompleto porque não disponibiliza o serviço de assistência jurídica na esfera extrajudicial e difere do modelo brasileiro que garante aos necessitados assistência jurídica integral gratuita, isto é, garante o gênero **assistência jurídica**, cujas espécies são assistência judiciária (processual) e assistência jurídica extrajudicial.

### 3.1.3 *Salaried staff: modelo brasileiro*

O modelo consubstancia na prestação do serviço através de instituição estatal integrada por agentes públicos selecionados para o fim específico de prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados.

A Constituição Federal de 1988 ao criar no art. 134 a Defensoria optou, expressamente, pelo modelo público, conforme consta “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado”. Na doutrina de Pontes Filho, é assim consignado:

Resta patente, pois, se tratar essa atividade - a de defesa e orientação jurídica dos necessitados - de típica função pública estatal, indisponível e intransferível, por força mesmo de sua essencialidade [...] sua intrínseca natureza e sua inegável submissão a regime de direito público a tornam, sem dúvida alguma, atividade de que não se pode despedir o Estado, muito menos pela via infraconstitucional. É, assim, função própria do Estado, e não apenas mero serviço delegável a particular<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> PONTES FILHO, Valmir. **Poder, direito e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 308.

Por imperativo Constitucional cabe ao Estado instrumentalizar e estruturar a Defensoria Pública, a qual compete, com exclusividade, exercer a defesa e prestar orientação jurídica aos necessitados, sendo vedado delegar o exercício dessas funções a qualquer outro órgão da própria Administração pública ou para pessoas privadas, no magistério de Pontes Filho<sup>33</sup> “confiar o Ente estatal a terceiros essa função [...] significa atentar contra a administração da justiça e, por consequência, a própria democracia.”

Na mesma linha afirma Bastos:

o que é certo é que excluem-se outras modalidades de assistência jurídica aos necessitados que não seja a da própria defensoria pública. Esta detém, com exclusividade, a função de orientar juridicamente e defender, em todos os graus, os necessitados.<sup>34</sup>

O art. 134 deixa claro a existência de uma defensoria pública, sendo mais específico, no § 1.<sup>o</sup><sup>35</sup> do mesmo artigo, traz a modalidade da prestação do serviço através de instituição integrada por membros de carreira de Estado com prerrogativas e deveres próprios.

Através da defensoria pública o Estado exerce seu papel de protagonista maior da justiça social e promotor da cidadania.

### 3.2 Instituição afeita ao Estado Social de Direito

A instituição defensoria pública é afeita ao modelo de Estado Social, o qual surgiu como alternativa ao individualismo minguante do Estado Liberal e ao socialismo exacerbante do Estado Socialista.

Partindo da consecução de que Estado Brasileiro constitui uma social democracia, trouxe com altura constitucional a instituição defensoria pública como direito fundamental,

---

<sup>33</sup> PONTES FILHO, Valmir. **Poder, direito e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 311.

<sup>34</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21<sup>a</sup> ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 425.

<sup>35</sup> § 1<sup>o</sup> Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

que é direito de segunda dimensão. Assentado que o direito de ter instituída, instalada e funcionando a defensoria pública é direito fundamental de segunda dimensão do cidadão, esta atua para consecução e fruição dos demais direitos por todos, especialmente os menos favorecidos economicamente.

A evolução da humanidade e do direito protetivo informa que os direitos de **primeira dimensão** estão ligados à individualidade, são os direitos civis e políticos a exemplo do direito à vida, à liberdade, à propriedade, a honra, a dignidade, à inviolabilidade de domicílio e ao juiz natural e imparcial. Trata-se de mecanismos de proteção do indivíduo em relação ao Estado por trazer formas de controle do poder estatal. Compreendem as liberdades clássicas negativas ou formais por determinarem um não fazer do Estado, que funciona apenas como guardião destes direitos.

Enquanto os direitos de **segunda dimensão** (econômicos, sociais e culturais) trazem tendências sociais dos direitos individuais, a exemplo do direito trabalhista, previdenciário e amparo à saúde. São as liberdades positivas acentuadas pelo princípio da igualdade. Aqui sai o Estado da inércia (guardião) dos direitos e passa a adotar conduta ativa, a exercer atividade prestacional (Estado Providência) para satisfação das carências individuais e sociais.

A partir da consagração constitucional do meio ambiente como bem de uso comum do povo há uma proteção de interesses metaindividuais, há o reconhecimento de um Direito Fundamental do Homem característico da **terceira dimensão** por ser válido para todos os povos e em todos os tempos. São poderes titularizados pela coletividade genericamente que consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade por reclamarem um meio ambiente equilibrado, saudável e com qualidade de vida.

O direito ao meio ambiente saudável expressa a terceira dimensão dos direitos fundamentais por envolver um patrimônio comum da humanidade a possibilitar a preservação da própria espécie, sendo denominado direito difuso por transcender a individualidade dos beneficiários.

A definição de **direitos difusos** encontra-se no art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Assim, o direito ao meio ambiente saudável é indivisível e titularizado por toda humanidade coligada por uma situação de fato consistente no direito à qualidade de vida e de perpetuar a espécie.

Na construção doutrinária de Bonavides<sup>36</sup> o direito ao desenvolvimento, à paz, à fraternidade e ao meio ambiente são de terceira geração, enquanto o direito à democracia é de quarta geração. Tomando por base a sua titularidade, os direitos humanos da primeira geração pertencem ao indivíduo, os da segunda ao grupo, os da terceira à comunidade e os da quarta ao gênero humano. Em razão da não sucessão de uma categoria de direitos por outra, utilizou-se a terminologia dimensão, ainda que se tenha consagrado o uso de geração de direitos.

A transformação social promovida pela defensoria pública decorre de sua atuação em favor dos economicamente fracos e de grupos vulneráveis, os quais individualmente não teriam condições financeiras e meios hábeis para reclamar direitos sejam de primeira, segunda, terceira ou quarta dimensão, que foram conquistados e assegurados a todos, mas historicamente não disponibilizados e fruídos pelas camadas menos favorecidas da sociedade.

### 3.3 Justiça social através da Defensoria Pública

Num Estado Constitucional, democrático e social de Direito, a exemplo do modelo brasileiro, não se admite retroceder nas difíceis conquistas sociais, sendo imperiosa sua efetivação igualitária, que não virá espontaneamente, mas, assim como as conquistas, através de constantes reivindicações e pressão social.

Na busca pela implementação dos direitos conquistados, o Poder Judiciário se tornou a caixa de ressonância das demandas sociais, o qual modernamente saiu da vetusta inércia de que não caberia o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas e passou a adotar postura mais democrática com a doutrina do ativismo judicial.

Através da Defensoria Pública os desafortunados passaram a levar suas demandas a juízo e a ter oportunidade de efetivamente influenciarem na justiça distributiva, sem este meio de acesso ao Poder Judiciário por todos, nessa senda o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos<sup>37</sup> afirma “a justiça restaria letra morta [...] o princípio fundamental da igualdade de todos perante a lei ficaria seriamente conspurcado.”

Satisfeitos os direitos humanos básicos, inicialmente mediante a providência estatal, tem-se como consequência a autodeterminação do cidadão, o qual livre das subserviências provocadas pela necessidade torna-se igual, incluso socialmente e digno, isto é, autônomo e autossustentável

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>37</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 422.

para galgar sua autorrealização pessoal e material.

Com isso o Estado cumpre seu objetivo fundamental insculpido no art. 3.º da Constituição Federal de construir uma sociedade livre e justa (inciso I), de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III), e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

A proteção social subsidiada pelo Estado decorre essencialmente da desigualdade inerente ao conteúdo humano do Estado, nas palavras de Silva<sup>38</sup> “há indivíduos que não estão em igualdade de oportunidades no meio social, tornando-os inaptos ao pleno exercício material de suas liberdades individuais, sua participação formal na sociedade civil apenas perpetua sua situação de exclusão social.”

Habilitar-se a reclamar um direito induz inicialmente conhecê-lo e num plano seguinte ter a possibilidade exercê-lo, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos citado por Silva<sup>39</sup> “constitui dever do Estado Democrático assegurar aos cidadãos socialmente vulneráveis, o conhecimento de seus direitos, garantindo que não se omitam a suas lesões, possibilitando-os vencer as barreiras de acesso à justiça.”

O efetivo exercício do direito humano de acesso à justiça, exercido em igualdade de condições processuais ao ser manejado por profissional independente e autônomo, é pressuposto de fruição de vários outros direitos como: moradia, saúde, educação, segurança, trabalho, previdência, transporte etc., os quais à medida que são implementados diminui o fosso da exclusão social, restabelece a dignidade dos cidadãos e os torna livres, culminando na consolidação da justiça social.

Estando livre, o Homem saberá valorizar a liberdade, nas palavras de Amartya Sen por que:

Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais oportunidades de buscar nossos objetivos - tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos [...] Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de

---

<sup>38</sup> SILVA, Michelle Valéria Macedo. **Direitos humanos. Acesso à justiça. Defensoria pública. Pobreza. Exclusão social.** Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, n. 6, 2013, p. 83.

<sup>39</sup> SILVA, Michelle Valéria Macedo. **Direitos humanos. Acesso à justiça. Defensoria pública. Pobreza. Exclusão social.** Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, n. 6, 2013, p. 85.

restrições impostas por outros. [...] A capacidade de uma pessoa pode ser caracterizada como liberdade para o bem-estar (refletindo a liberdade para promover o próprio bem-estar).<sup>40</sup>

Desta feita, a inclusão social tem como consequência o desenvolvimento das habilidades e capacidades pessoais que leva à autodeterminação social.

#### 4. CONCLUSÃO

Da análise histórica do pensamento liberal assimilou-se sua contribuição para a contemporaneidade, como a instituição do Estado de Direito, a divisão do poder e conquista dos direitos humanos de primeira dimensão, em suma, houve a limitação do poder que até então era exercido de forma absoluta pelos monarcas. Todavia, o modelo liberal entrou em decadência por estabelecer a hegemonia apenas dos detentores do capital, por instituir o Estado burguês de Direito, onde a liberdade do capitalista ensejava a escravidão dos trabalhadores. Sua substituição por um modelo legitimado na democracia participativa, num intervencionismo Estatal a possibilitar um Estado para todas as classes e na conquista dos direitos sociais, mostrou-se peremptório.

Com o propósito de reduzir a expansão das conquistas sociais e canalizar as vantagens do desenvolvimento para os detentores dos fatores de produção surgiu, escorado na globalização, o neoliberalismo, que não passa do mesmo liberalismo, do Estado apenas garantidor, cujos nefastos males do capitalismo de opressão já se viu causar, a exemplo do desemprego, fome, miséria, êxodo rural, analfabetismo e enfermidades, mostrando-se um Estado de injustiças sociais para sustentar o luxo apenas da classe com melhores condições econômicas, o que se mostra sua defesa abominável retrocesso social.

Já o Estado social é o modelo que se assenta em bases democráticas por derivar do consenso construído gradualmente na medida em que se acomodam as forças políticas e sociais, onde impera a hegemonia da sociedade.

A conciliação de forma duradoura e estável entre a sociedade e o Estado é possível num modelo assentado na igualdade e no valor da dignidade humana, onde todos, de acordo com sua capacidade, contribuem para o Estado e este satisfaz as necessidades dos cidadãos oportunizando

---

<sup>40</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 262; 323.

o desenvolvimento social, sem privilégios e discriminação de qualquer espécie.

O modelo que se mostra hábil é o Estado social, que é estruturado por instituições tanto para garantir a abstenção do Estado no prestígio da autonomia da vontade e assegurar o exercício da livre iniciativa, como por instituições de amparo ao desamparado e de garantia de fruição dos direitos de primeira e terceira geração, a exemplo da defensoria pública, o que torna a justiça letra viva no texto constitucional.

No último capítulo abordou-se aspectos atinentes à Defensoria Pública como instituição essencial ao modelo de Estado Social na medida em que possui atribuição constitucional para orientar e defender juridicamente os interesses dos necessitados, isso de forma integral e gratuita, seja na esfera administrativa ou judicial em todas as instâncias, o que decorre da adoção do modelo de assistência jurídica gratuita *salaried staff*, onde os profissionais incumbidos de prestar assistência jurídica são remunerados exclusivamente pelo Estado, sendo-lhes vedado o exercício da advocacia fora das funções institucionais.

A instituição Defensoria Pública torna-se afeita ao modelo de Estado Social de Direito conquanto o direito de acesso à justiça é um direito civil e político, direito humano de primeira dimensão, o qual, a partir dele, as demandas dos vulneráveis são levadas ao Estado, seja na esfera administrativa ou jurisdicional, cuja consequência é o aumento da participação política e democratização do Estado. Igualmente é instrumento de consecução da justiça social, pois torna os desvalidos economicamente capazes e livres da dependência pela necessidade, habilitando-os a influenciarem os destinos políticos do Estado motivados pela convicção ideológica.

Um Estado Social e Democrático de Direito é um Estado de humanos dignos, independente da condição social e filosofia de vida, isto é, um Estado sem exclusão social, um Estado para todas as classes sociais em cooperação mutuamente benéfica.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, 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: 01 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. D.O.U. de 12.9.1990 - (edição extra) e retificado no D.O.U. de 10.1.2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso: 01 abr. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: Jus Podium, 2010.

**Manual para apresentação de trabalhos acadêmicos da universidade católica de Brasília**/ coordenação Maria Carmen Romcy de Carvalho ... [et al.], Universidade Católica de Brasília, Sistema de Bibliotecas. – 6.ed.- Brasília : [s.n.], 2013. Disponível em: <[http://www.biblioteca.ucb.br/arquivos/manual\\_apresentacao\\_trabalhos\\_2013\\_6ed.pdf](http://www.biblioteca.ucb.br/arquivos/manual_apresentacao_trabalhos_2013_6ed.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2014.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 8. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PONTES FILHO, Valmir. **Poder, direito e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Michelle Valéria Macedo. **Direitos humanos. Acesso à justiça. Defensoria pública. Pobreza. Exclusão social**. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, n. 6, p. 78-107, dez. 2013.

# O FOCO NA ESTRUTURA BÁSICA DA SOCIEDADE E A CRÍTICA AO DUALISMO DE JOHN RAWLS

---

*Por Daniel Chiaretti*



# O FOCO NA ESTRUTURA BÁSICA DA SOCIEDADE E A CRÍTICA AO DUALISMO DE JOHN RAWLS

*Daniel Chiaretti*

*(Bacharel em direito e filosofia pela Universidade de São Paulo. Mestrando em Ética e Filosofia Política pela FFLCH/USP  
Defensor Público Federal em São Paulo)*

## RESUMO

O objetivo deste artigo é discutir o argumento de John Rawls sobre o foco na estrutura básica da sociedade, bem como algumas críticas formuladas contra esse aspecto de sua teoria da justiça. Para isso, inicialmente reconstruiremos os argumentos rawlsianos que fundamentam seu foco na estrutura básica, enfatizando a importância dos princípios de justiça. Em seguida, apresentaremos as críticas formuladas por G.A. Cohen e Liam Murphy contra o foco na estrutura básica. Por fim, defenderemos o foco na estrutura básica contra essas críticas, argumentando que a teoria rawlsiana fornece um instrumental teórico eficiente para a promoção da justiça social.

**Palavras-chaves:** John Rawls. Teoria da Justiça. Princípios de Justiça. Justiça Distributiva. Estrutura Básica.

## ABSTRACT

The aim of this paper is to discuss John Rawls's argument on the focus on the basic structure of the society and some critics addressed against this aspect of his theory of justice. Initially, we'll present the Rawlsian arguments about the focus on the basic structure, stressing the importance of the principles of justice. Then, we'll provide the critics formulated by G.A. Cohen and Liam Murphy against the focus on the basic structure. Finally, we'll defend the focus on the basic structure against those critics, arguing that the Rawlsian theory provides efficient theoretical tools for the promotion of the social justice.

**Keywords:** John Rawls. Theory of Justice. Principles of Justice. Distributive Justice. Basic Structure.

## **SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO 2. A ESTRUTURA BÁSICA 3. A CRÍTICA DE COHEN AO ARGUMENTO DOS INCENTIVOS 4. A CRÍTICA AO DUALISMO RAWLSIANO POR COHEN E MURPHY 5. A DEFESA DO FOCO NA ESTRUTURA BÁSICA DA SOCIEDADE 6. CONCLUSÃO.

### **1. INTRODUÇÃO**

John Rawls é reconhecidamente um dos filósofos políticos que mais contribuiu para o tema da “justiça social”, expressão que possui o sentido muito específico de avaliação de determinadas instituições sociais. Neste sentido, ao desenvolver sua teoria, Rawls preocupou-se em formular princípios de justiça aplicáveis à estrutura básica da sociedade, a qual compreende as principais instituições sociais, sendo certo que este é um dos aspectos fundamentais do modelo rawlsiano.

Todavia, a ideia da estrutura básica como principal objeto da justiça foi objeto de crítica por diversos autores. Assim, para uma abordagem da discussão acerca da importância da estrutura básica para uma teoria de justiça, reconstruiremos de forma breve o argumento de John Rawls sobre a posição prioritária da estrutura básica em sua teoria para, em seguida, apresentaremos as críticas feitas por G.A. Cohen e Liam B. Murphy no sentido de que os princípios de justiça não podem restringir sua aplicação apenas à estrutura básica. E, a partir dessas objeções, procuraremos, com ênfase nos argumentos de Thomas Pogge, reforçar a importância da estrutura básica e qual deve ser o alcance da justiça social.

### **2. A ESTRUTURA BÁSICA**

O modelo de justiça rawlsiano tem por objetivo principal o estabelecimento de instituições políticas e sociais justas, cujo arranjo consiste na estrutura básica da sociedade. De acordo com John Rawls, “o principal objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais precisamente, o modo pelo qual as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens

da cooperação social”<sup>1</sup>. Ademais, ainda segundo o autor, essas instituições são o objeto principal da justiça em razão de suas profundas consequências nas vidas dos indivíduos desde o início<sup>2</sup>. Samuel Freeman assim sintetiza a estrutura básica:

A estrutura básica é o sistema interconectado de regras e práticas que define a constituição política, procedimentos legais e sistema judiciário, a instituição da propriedade, as leis e convenções que regulam mercados, produção econômica e trocas, e a instituição da família (a qual é a principal responsável pela reprodução da sociedade e o cuidado e educação de seus novos membros).<sup>3</sup>

Para formular princípios de justiça para este objeto, a estrutura básica, Rawls parte de um modelo de contrato social como um acordo hipotético: a) entre todos os membros da sociedade; b) todos vistos como cidadãos e não indivíduos que possuem uma posição particular ou um papel específico. E, no modelo kantiano dessa doutrina, que é batizada de “justiça como equidade”, c) as partes são pensadas como pessoas livres e iguais e; d) os primeiros princípios que regularão a estrutura básica são o conteúdo do acordo<sup>4</sup>. Em síntese, a principal ideia desta tradição seria a de que a justiça deve ser objeto de um consenso de pessoas livres e racionais em uma posição de igualdade de direitos e jurisdição política<sup>5</sup>.

Neste contexto, no modelo de justiça como equidade as instituições da estrutura básica deverão satisfazer determinados princípios que seriam adotados por pessoas livres e iguais. Segundo John Rawls, os princípios de justiça apresentam-se da seguinte maneira:

- 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

---

<sup>1</sup> RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Belknap Press, 2005 (1971), p. 7. No mesmo sentido: RAWLS, John. **Political Liberalism**: expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 257-258.

<sup>2</sup> RAWLS, John. **A theory of justice**. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>3</sup> FREEMAN, Samuel. **Introduction**: John Rawls – An Overview. *In*: FREEMAN, Samuel (org.) **The Cambridge Companion to John Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 3.

<sup>4</sup> RAWLS, John. **Political liberalism**. *Op. cit.*, pp. 258-259.

<sup>5</sup> FREEMAN, Samuel. **Introduction**: John Rawls – An Overview. *Op. cit.*, p. 3.

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)<sup>6</sup>.

Importante notar que há uma escala de prioridades nestes princípios: o primeiro princípio tem prioridade sobre o segundo e, no caso do segundo princípio, a igualdade equitativa de oportunidades possui prioridade sobre o princípio da diferença. Ou seja, um princípio só deve ser aplicado se o anterior tiver sido satisfeito<sup>7</sup>.

Rawls apresenta, ainda, uma chamada “divisão de trabalho” entre dois tipos de princípios que se revela fundamental para a compreensão do tema tratado. Segundo o autor, cada um desses princípios possui um campo específico de aplicação: um primeiro grupo de princípios, que inclui os princípios de justiça já apresentados, regula a estrutura básica da sociedade através do tempo e é desenvolvido para preservar a justiça de fundo de uma geração para a outra; um segundo grupo inclui princípios que aplicam-se diretamente a transações separadas e livres entre indivíduos e associações<sup>8</sup>. Assim, Rawls admite expressamente que seus princípios de justiça, inclusive o princípio da diferença, possuem aplicação exclusiva à estrutura básica.

Para sustentar seus princípios de justiça, Rawls tem dois argumentos principais. Em primeiro lugar, argumenta que sua teoria se acomoda melhor a nossas intuições de justiça. Em segundo lugar, argumenta que em uma situação hipotética de escolha das condições do contrato, seus princípios seriam escolhidos. Trata-se do argumento da posição original, construção que visa mostrar como pessoas livres, racionais e não invejosas, em uma posição de igualdade, definiriam as características deste contrato social.

Este argumento, ligado ao contratualismo rawlsiano, busca representar uma situação puramente hipotética para o estabelecimento de certo conceito de justiça. Além disso, este contrato social rawlsiano tem outra diferença em relação às demais formulações: o autor reconhece que no estado de natureza há diferenças entre os contratantes, o que pode levar à vantagens arbitrárias no estabelecimento do contrato. Por isso, Rawls estabelece que as condições devem ser escolhidas por trás de um véu de ignorância, o qual exige um afastamento do conhecimento dos antecedentes sociais e individuais de cada um. Trata-se de um teste intuitivo de equidade.

Importante ressaltar, ainda, o que são os bens primários para John Rawls, os quais são

---

<sup>6</sup> RAWLS, John. **Political liberalism**. *Op. cit.*, p. 271.

<sup>7</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Belknap Press, 2001. p. 43.

<sup>8</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness**. *Op. cit.*, pp. 53-54.

importantes para a escolha de princípios de justiça na posição originária. Segundo o autor existem bens primários sociais, os quais são diretamente distribuídos por instituições sociais (*v.g.* riqueza, oportunidades, poder, direitos e liberdades) e bens primários naturais, como saúde, vigor, talentos naturais, os quais são afetados por instituições sociais mas não são diretamente distribuídos por elas.

Assim, ao escolher princípios de justiça, as pessoas por trás do véu da ignorância buscarão garantir que tenham o maior acesso possível a esses bens distribuídos por instituições sociais. Ademais, considerando as circunstâncias do véu da ignorância, tais escolhas não serão pautadas pelo egoísmo, mas sim pela benevolência. Deste modo, a opção racional, ignorando fatores que seriam moralmente irrelevantes (ex: etnia, posição social etc), seria a da estratégia *maximin*, ou seja, a maximização daquilo que o indivíduo teria se recebesse o mínimo distributivo após o véu ser descoberto.

De acordo com Thomas Pogge, a opção de Rawls pelo foco na justiça social pela mediação de instituições pode ser explicada pelo fato que uma teoria pode ter dificuldades em lidar com aspectos moralmente importantes das complexas sociedades modernas. Assim, seria mais simples enfrentar problemas sociais de massa através de uma abordagem voltada à avaliação da justiça instituições sociais conforme os princípios apresentados, ao invés de um tratamento a partir da interação entre agentes<sup>9</sup>. Ao exemplificar, Pogge se vale de uma abordagem dos problemas da pobreza e desemprego:

Qualquer sociedade pode ser estruturada e regulada de maneiras diferentes, incluindo diversas maneiras de organizar a cooperação social e controlar os recursos e os meios de produção. Há muitas opções para esta sociedade elaborar suas agências governamentais e formular suas leis de propriedade, tributação, trabalho, heranças etc. Alguns desses projetos institucionais podem tender a gerar mais pobreza que outros. O foco moral deve estar aqui: no projeto e reforma da ordem institucional da sociedade – não nos atos e omissões particulares de seus membros<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> POGGE, Thomas W. **John Rawls: his life and theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 28-30.

<sup>10</sup> POGGE, Thomas. **John Rawls: his life and theory of justice**. *Op. cit.*, p. 32.

Em síntese, no contexto de sociedades complexas, a opção por uma abordagem institucional teria a vantagem de maior eficiência no trato de problemas sociais. Retornaremos a esse tema após analisarmos as principais objeções ao foco rawlsiano na estrutura básica.

### 3. A CRÍTICA DE COHEN AO ARGUMENTO DOS INCENTIVOS

A partir do mote feminista “o pessoal é político”, o filósofo político canadense G. A. Cohen articulou uma crítica à concepção restritiva de aplicação dos princípios de justiça, em especial o princípio da diferença, apenas à estrutura básica da sociedade. Em síntese, de acordo com Cohen, os princípios de justiça devem se aplicar às relações que estão fora do alcance das instituições legalmente coercitivas, as quais também podem ter efeitos muito profundos e desde o início sobre os membros da sociedade, de modo que o autor despreza aquela divisão de trabalho proposta por Rawls.

O primeiro argumento desenvolvido por Cohen centra-se no suposto peso dado por Rawls aos incentivos na formulação de seu princípio da diferença. Neste ponto vale um desenvolvimento mais detido deste princípio.

Como já mencionado, de acordo com este princípio, o qual possui um claro caráter redistributivo, as desigualdades sociais são aceitáveis se redundarem em uma melhoria da situação do grupo mais desfavorecido da sociedade (*maximin*, ou seja, maximização da posição mínima da sociedade). Pensemos, neste sentido, em três esquemas distributivos envolvendo três pessoas<sup>11</sup>:

	A	B	C
Esquema 1	10	8	1
Esquema 2	7	6	2
Esquema 3	5	4	4

Diante destes três cenários, a teoria rawlsiana recai sobre o esquema 3, que é aquele em que, apesar da desigualdade, as pessoas mais desfavorecidas (no caso, B e C), estão em melhor situação que nos outros esquemas. Ou seja, nos esquemas 1 e 2 a desigualdade não traz qualquer vantagem para qualquer desfavorecido, ao contrário do que ocorre no esquema 3<sup>12</sup>.

Contudo, retomando o que já apresentamos inicialmente, o princípio da diferença no

<sup>11</sup> KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 84.

<sup>12</sup> Vale salientar que esta escolha contraria ainda uma posição utilitarista (que recairia sobre o esquema 1, gerador de maior utilidade).

modelo rawlsiano será utilizado exclusivamente para o *design* de instituições sociais. Assim, uma estrutura básica da sociedade que tenha como resultado um esquema distributivo 1 ou 2, os quais não satisfazem o princípio da diferença, será injusta.

É importante notar que esta redistribuição tende a ocorrer mediante regras tributárias que transferem determinado rendimento aos grupos menos favorecidos. Podemos pensar, sofisticando o exemplo<sup>13</sup>, em um grupo de 100 trabalhadores com funções divididas entre trabalho gerencial e braçal. Nesta sociedade, o valor de mercado de cada trabalho seria, respectivamente \$120 e \$10 por hora, gerando uma diferença bruta  $g = 12$ . Esta diferença, contudo, pode ser ajustada mediante o sistema tributário, o qual, como já mencionado, é o responsável pelas redistribuições. Neste contexto, a variável tributária deverá ser aquela que maximiza os ganhos do grupo menos favorecido, o que depende também da disposição dos chamados “talentosos”<sup>14</sup> em assumir trabalhos gerenciais sob certo regime tributário. Seguindo no exemplo, sob um sistema tributário  $t$  que envolve um tributo sobre atividade gerencial de 37.5%, o salário líquido dos gerentes seria de \$75. Na hipótese de 10 dos trabalhadores terem funções gerenciais, o valor de contribuição tributária seria de \$450, o qual poderia ser redistribuído aos trabalhadores braçais elevando o salário destes em \$5.

Esta seria, no exemplo, a situação ótima. Na hipótese de uma tributação maior, teríamos uma situação em que a produção cairia, já que os mais talentosos não estariam dispostos a assumir funções gerenciais. Com a diminuição do valor produto social, o quinhão redistributivo seria menor, tornando a situação dos mais desfavorecidos pior do que seria no cenário de tributação 37.5% e, conseqüentemente, violando o princípio da diferença.

Pois bem. De acordo com a crítica formulada por Cohen, o princípio da diferença se desenvolveria a partir da ideia de que as pessoas talentosas produziram se, e somente se, receberem uma remuneração superior ao salário ordinário, de modo que o excedente produzido possa ser revertido aos menos desfavorecidos. Assim, na realidade, o princípio da diferença estaria justificando a desigualdade<sup>15</sup>. Analisando-se o exemplo dado sob esta ótica, teríamos que os trabalhadores gerenciais só aceitaram o esquema redistributivo que permitiu que os trabalhadores

---

<sup>13</sup> POGGE, Thomas W. **On the site of distributive justice**: Reflections on Cohen and Murphy. *Philosophy And Public Affairs*, Princeton, v. 2, n. 29, abr. 2000, pp. 141-143.

<sup>14</sup> O conceito de “talentosos” para G.A. Cohen, o qual utilizamos no presente texto, tem um sentido bem preciso, não se ligando à capacidade de obter mais lucro no mercado, mas sim ao fato deste grupo demandar um alto salário e poder variar a produtividade em função deste valor. Esta posição, contudo, pode ser devida a fatores absolutamente arbitrários, como o fato das habilidades de um lavador de pratos serem menos valorizadas que aquelas de um executivo.

<sup>15</sup> COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, pp. 118-119. Os mesmos argumentos são apresentados em outros textos, dentre os quais “Where the Action Is: On the Site of Distributive Justice”, de 1997, e “Justice, Incentives, and Selfishness”, publicado na obra *If You’re an Egalitarian How Come You’re So Rich*, de 2000.

braçais fossem em situação melhor que de outros cenários em razão de receberem um salário maior (no caso, o quántuplo).

Cohen argumenta, neste contexto, que o uso de incentivos é uma aplicação distorcida do princípio da diferença, já que se houvesse de fato uma concordância com os princípios de justiça, seria desnecessário qualquer incentivo. Consequentemente, os incentivos só são necessários porque os talentosos não estão de acordo com um agir conforme o princípio da diferença, o que nos levaria à constatação de que não estamos diante de uma sociedade no sentido rawlsiano, na qual pessoas livres e iguais concordam com os princípios de justiça<sup>16</sup>. Cohen chega a afirmar, ao desenvolver o tema, que os mais talentosos agem como chantagistas, já que, sabendo que o regime tributário atua em seu favor, buscam modifica-lo de modo a garantir um alto retorno.

O autor prossegue argumentando que, para que uma sociedade seja justa, não basta uma estrutura coercitiva legal que esteja que acordo com os princípios de justiça, sendo necessário também que as escolhas feitas sob essa estrutura sejam guiadas por tais princípios. Neste ponto, Cohen desenvolve o argumento central de sua objeção aos incentivos:

A aplicação padrão (e a meu ver equivocada) do princípio da diferença pode ser formatada da seguinte maneira. Há uma economia de mercado na qual todos os agentes procuram maximizar seus ganhos, e há um estado rawlsiano que seleciona um regime tributário para maximizar o salário dos mais desfavorecidos, dentro da restrição que, por conta das motivações egoístas dos mais talentosos, um sistema completamente igualitário seria pior para todos do que um outro regime que não fosse completamente igualitário. Mas este sistema dúplice de implementação do princípio da diferença, no qual cidadãos inspirados pela justiça apoiariam uma política estatal na qual o regime tributário seria contrário a eles (ou alguns deles) em suas inclinações egoístas como agentes econômicos, está completamente em desacordo com o (sólido) requisito rawlsiano de uma sociedade justa na qual seus cidadãos submetem-se voluntariamente ao padrão de justiça do princípio da diferença. Podemos concluir que uma sociedade que é justa dentro dos critérios do princípio da diferença requer não apenas regras coercitivas justas, mas também um *ethos* de justiça que informe escolhas individuais.<sup>17</sup>

Assim, para Cohen, não basta um aparato legal e a existência de regras de incentivo para

---

<sup>16</sup> COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. *Op. cit.*, pp. 119-122.

<sup>17</sup> COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. *Op. cit.*, pp. 123.

satisfazer o princípio da diferença, mas sim um *ethos* de justiça, o qual geraria uma diminuição de desigualdades de forma mais justa. É dizer, cidadãos em uma sociedade justa aderem espontaneamente ao princípio da diferença não apenas do ponto de vista institucional, o que seria incompatível com um comportamento maximizador de vantagens por parte dos mais talentosos presentes no argumento dos incentivos.

Ao enfrentar a objeção, Thomas Pogge buscou mostrar como as exigências colocadas por Cohen sobre os cidadãos, em especial os mais talentosos, seriam ineficientes, impraticáveis, contraproducentes e moralmente implausíveis em razão do excesso de demanda colocada sobre essas pessoas<sup>18</sup>. Tais exigências seriam impossíveis de serem exigidas em um cenário de alta complexidade, de modo que a proposta rawlsiana de incentivos seria mais adequada para o mundo contemporâneo.

De modo sintético, no modelo rawlsiano a justiça requer das pessoas apenas que contribuam para a instauração e preservação de arranjos institucionais justos, de modo que a justiça institucional é uma condição para desonerar moralmente as escolhas pessoais. Entretanto, ainda que possam afastar o princípio da diferença em suas escolhas pessoais, não é possível afirmar que os indivíduos, em especial os talentosos, estejam desconsiderando-o, já que estão contribuindo para a referida estrutura básica justa<sup>19</sup>. Ou seja, retomando nosso primeiro exemplo, ao optar pelo esquema 3, o indivíduo A está moralmente livre para fazer escolhas pessoais em desacordo com o princípio da diferença, devendo, contudo, agir de modo que esta estrutura, e conseqüentemente este esquema redistributivo, seja preservada.

Apresentamos brevemente o argumento dos incentivos e sua refutação em razão da maior importância da objeção seguinte formulada ao foco na estrutura básica, a qual já foi esboçada na apresentação do argumento dos incentivos: a ideia de que a aplicação do princípio da diferença apenas à estrutura básica formal seria insuficiente para garantia da justiça social.

#### 4. A CRÍTICA AO DUALISMO RAWLSIANO POR COHEN E MURPHY

Segundo Cohen, ao restringir a aplicação do princípio da diferença às instituições, há uma diminuição demasiada do alcance da justiça, já que diversas injustiças podem ser cometidas

---

<sup>18</sup> POGGE, Thomas W. **On the site of distributive justice**: Reflections on Cohen and Murphy. *Philosophy And Public Affairs*, Princeton, v. 2, n. 29, abr. 2000, pp. 144-154.

<sup>19</sup> VITA, Álvaro de. **O liberalismo igualitário e seus críticos**: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 68-69.

sob uma estrutura institucional legalmente coercitiva. Seria o caso, por exemplo, da exclusão da família do princípio da diferença, apesar desta instituição ser capaz de gerar desigualdades em razão de violência de gênero, distribuições desiguais entre os membros etc<sup>20</sup>.

Este argumento, intimamente ligado à já apresentada objeção quanto aos incentivos, foi articulado também por Liam B. Murphy a partir dos conceitos de “monismo” e “dualismo”<sup>21</sup>. De acordo com o autor, existem dois possíveis modos para abordar a justiça: o dualismo, adotado por Rawls, no qual há uma divisão entre o *design* institucional (objeto dos princípios de justiça) e da conduta pessoal, e o monismo, o qual rejeita que um princípio fundamental (como o princípio da diferença), não se aplica diretamente às condutas pessoais<sup>22</sup>. Ou seja, no monismo as pessoas possuem uma responsabilidade pessoal e direta pela justiça, enquanto no dualismo a responsabilidade é mediada por instituições<sup>23</sup>.

De acordo com Murphy, a divisão de trabalho rawlsiana é problemática, já que não faria sentido desenvolver instituições que promovam o bem-estar daqueles em pior situação se as pessoas sob a mesma restrição não se comportarem abraçando o mesmo princípio<sup>24</sup>. Trata-se, portanto, de um argumento muito próximo daquele formulado por Cohen quando afirma que para a efetiva satisfação do princípio da diferença a sociedade deve adotar um *ethos* igualitário que dispensaria uma política de incentivos, já que as pessoas naturalmente agiriam de forma não-egoísta. Portanto, a objeção de Cohen pode ser manejada de acordo com a chave monismo-dualismo proposta por Murphy.

Assim, ao desprezar o dualismo e o foco institucional, Cohen aponta que a preocupação com a justiça social deve levar em consideração, além da estrutura coercitiva, também outras estruturas informais (como, por exemplo, a família), o *ethos* social e as escolhas individuais<sup>25</sup>. Em primeiro lugar, Cohen diferencia as estruturas coercitivas legais das não-coercitivas, afirmando que enquanto as primeiras impedem as pessoas de executarem certas atividades em razão de barreiras intransponíveis (como muros, prisões, cercas etc.) ou ameaças de sanções, as estruturas informais manifestam-se principalmente através de sanções, como críticas, desaprovação, ostracismo, violência etc<sup>26</sup>. Já o *ethos* de uma sociedade é “o conjunto de sentimentos e atitudes em virtude das

---

<sup>20</sup> COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. *Op. cit.*, pp. 125-126.

<sup>21</sup> MURPHY, Liam. **Institutions and the Demands of Justice**. *Philosophy and Public Affairs*, Princeton, v. 4, n. 27, p.251-291, out. 1998.

<sup>22</sup> MURPHY, Liam. **Institutions and the Demands of Justice**. *Op. cit.*, p. 254.

<sup>23</sup> MURPHY, Liam. **Institutions and the Demands of Justice**. *Op. cit.*, p. 271.

<sup>24</sup> MURPHY, Liam. **Institutions and the Demands of Justice**. *Op. cit.*, p. 263.

<sup>25</sup> COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. *Op. cit.*, pp. 141-142.

<sup>26</sup> COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. *Op. cit.*, p. 144.

quais as práticas normais e pressões informais são como são”<sup>27</sup>.

E todo esse conjunto estrutural informal, conforme Cohen, possui uma influência profunda na vida das pessoas, não fazendo sentido separá-las drasticamente da estrutura básica formal e impedir a aplicação do princípio da diferença a essa esfera. Assim, considerando a importância de tais estruturas, o monismo seria a única resposta que garantiria a satisfação integral dos princípios de justiça.

## 5. A DEFESA DO FOCO NA ESTRUTURA BÁSICA

Uma das mais completas defesas do modelo rawlsiano contra o desafio monista é formulada por Thomas Pogge. Para simplificar a apresentação, desenvolveremos apenas os pontos principais de seu ataque ao monismo<sup>28</sup>.

Sob um primeiro viés, Pogge reitera que, para Rawls, um *design* de instituições econômicas é mais justo que outro se a produção daquele estiver mais de acordo com seu critério de justiça. Assim, se o critério de justiça for o princípio da diferença, o melhor arranjo será aquele que melhor promover este princípio. Contudo, esta prioridade pode dar a falsa impressão que, para Rawls, seus princípios de justiça têm uma importância fundamental, quando, na verdade, outros objetivos possuem igual importância moral mas podem ser melhor promovidos fora da estrutura básica. A título de exemplo, a existência de uma cultura rica poderia ser melhor promovida através de escolhas pessoais e não pela estrutura básica, o que não indica que esta questão possua menor importância moral<sup>29</sup>.

Além disso, a tarefa rawlsiana de formulação de princípios de justiça deve garantir que a estrutura básica não gere controvérsia e abuso, de modo que deve ser adotado o melhor critério público de justiça social. É apenas com a formulação de um critério público que adeptos de

---

<sup>27</sup> COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. *Op. cit.*, p. 144.

<sup>28</sup> Em nome da simplicidade, não desenvolveremos a questão do monismo com os detalhes propostos por Pogge, para quem não existe apenas um modelo de monismo. Segundo o autor, é necessário diferenciar dois como o monismo estabelece o papel do objetivo comum postulado. No primeiro modo de encarar a questão, chamado pelo autor de monismo *supergoal*, este papel é inspiracional, levando todos a se devotarem a certo objetivo que é celebrado e reconhecido em nossa cultura, convenções, leis e ordem institucional. Outra via para se fazer um certo objetivo normativo envolve uma relação instrumental. Isto significa que não haveria um cometimento de todos para com certo objetivo comum, mas que seus respectivos compromissos sejam moldados de modo a garantir uma cooperação para alcançar o objetivo comum. Esta segunda abordagem é chamada por Pogge de monismo *mastergoal*. Cf. POGGE, Thomas W. **On the site of distributive justice: Reflections on Cohen and Murphy**. *Op. cit.*, pp. 154-156.

<sup>29</sup> POGGE, Thomas W. **On the site of distributive justice: Reflections on Cohen and Murphy**. *Op. cit.*, p. 157.

objetivos diversos, divergência extremamente comum em sociedades complexas e multiculturais, poderão atingir um consenso. Assim, sob este viés, a teoria de Rawls oferece boas razões para rejeitar este modelo monista<sup>30</sup>.

Sob outra abordagem, Pogge afirma que Cohen subscreve a um modelo de monismo segundo o qual há um objetivo (ou um conjunto de objetivos) que deve ser difuso nas regras institucionais, não-convencionais, permear o *ethos* social e inspirar os indivíduos, os quais devem, conscientemente, perseguir este objetivo<sup>31</sup>. Como já mencionado, esta forma de monismo ataca a divisão de trabalho proposta por Rawls segundo a qual cabe aos cidadãos a tarefa de trabalhar em direção a uma estrutura básica que promova os objetivos especificados pelos princípios de justiça. Ora, diria Cohen, se faz sentido exigir que os cidadãos persigam esse objetivo de um modo (através de esforços para o *design* na estrutura básica), também faria sentido exigir que esse objetivo seja buscado de outros modos.

Contudo, Pogge mostra que a aplicação deste tipo de monismo em detrimento do dualismo rawlsiano, no qual os cidadãos devem se esforçar para que a estrutura básica satisfaça um critério público de justiça, pode trazer diversas consequências prejudiciais. A principal destas consequências indica que mesmo sob instituições sociais que são ótimas à luz de um dado objetivo, indivíduos frequentemente poderão alcançar ainda mais se violarem estas regras ótimas. Suponha-se, por exemplo, que o objetivo seja a promoção do princípio da diferença. Do mesmo modo que podem promover o objetivo dando seu próprio dinheiro aos desfavorecidos, o mesmo objetivo pode ser promovido pela expropriação dos bens de terceiros. Considerando que o princípio da diferença, neste cenário, é um objetivo que deve ser promovido mesmo mediante escolhas pessoais, qual seria o impedimento moral para a expropriação citada? Ou seja, o mesmo objetivo que autoriza a existências de regras, justifica sua violação, o que, do ponto de vista coletivo, pode levar a uma situação de satisfação inferior do objetivo em relação a um cenário de obediência às regras<sup>32</sup>. Portanto, também esta forma de monismo é inferior ao modelo rawlsiano para satisfação de princípios de justiça, em especial o princípio da diferença.

Neste contexto, percebe-se que uma teoria como a da Rawls, ao limitar o alcance dos princípios de justiça e desonerar os indivíduos, permite que seja postulado um objetivo ambicioso na estrutura básica, evitando, ainda, implicações totalizantes que um objetivo poderia vir a ter se governasse também o *ethos*, convenções e conduta social.

---

<sup>30</sup> POGGE, Thomas W. **On the site of distributive justice:** Reflections on Cohen and Murphy. *Op. cit.*, pp. 156-158.

<sup>31</sup> Trata-se do monismo *supergoal*. Cf. POGGE, Thomas W. **On the site of distributive justice:** Reflections on Cohen and Murphy. *Op. cit.*, p. 156.

<sup>32</sup> POGGE, Thomas W. **On the site of distributive justice:** Reflections on Cohen and Murphy. *Op. cit.*, pp. 159-162.

Do ponto de vista da desoneração moral, é importante destacar que certos objetivos almejados pela via institucional tendem a ser alcançados de forma muito precária do ponto de vista individual. Assim, faz sentido a criação de um regime tributário voltado à correção de injustiças sócio-econômicas, liberando os indivíduos da responsabilidade de considerar essa questão em suas transações ordinárias, bastando apenas que estes agentes garantam apoio político e ajam de acordo com as regras deste regime tributário<sup>33</sup>.

Ademais, Pogge afirma que, para Rawls, (a) os efeitos da estrutura básica na distribuição depende de muitos fatores e; (b) muitos desses fatores são influenciados pela estrutura básica. Deste modo, quando justa, a estrutura básica tenderá a otimizar a distribuição através de sua adaptação ao contexto, bem como afetar esses fatores contextuais, os quais são influenciados pela estrutura básica. Ou seja, ainda que convenções, *ethos* e escolhas pessoais não sejam governadas diretamente pelo critério de justiça rawlsiano, são afetados por ele indiretamente através da influência da estrutura básica<sup>34</sup>. Portanto, mesmo um modelo dualista como o de John Rawls permite o enfrentamento das injustiças apontadas pelos autores que apresentam objeções ao foco na estrutura básica da sociedade.

## 6. CONCLUSÃO

Podemos finalizar esta exposição retornando à abordagem feita por Cohen da injustiça doméstica, a qual seria aceitável no contexto do foco rawlsiano na estrutura básica. De acordo com o autor, uma estrutura básica neutra com respeito ao gênero pode gerar injustiças domésticas ligadas a um tratamento desigual. E, conforme Cohen, esta injustiça não pode ser atribuída à estrutura básica, já que seria derivada de escolhas pessoais que ocorrem sob instituições coercitivas justas. Ou seja, ainda que a estrutura básica seja formalmente justa, injustiças podem surgir em áreas que não estariam sob sua atenção, no caso, a existência de um *ethos* de desigualdade. Portanto, não deveria haver um foco desproporcional na estrutura básica<sup>35</sup>.

Em primeiro lugar, casos de distribuição desigual entre gêneros no âmbito intrafamiliar podem estar mais ligados à violação de liberdades e falta de igualdade equitativa de oportunidade, as quais, conforme já vimos na seção 2, têm prioridade sobre o princípio da diferença. Como

---

<sup>33</sup> POGGE, Thomas W. **Cosmopolitanism**. In: PETTIT, Philip e GOODIN, Robert (org.) **A Companion to Contemporary Political Philosophy**. Oxford: Blackwell, 2007. pp. 322-323.

<sup>34</sup> POGGE, Thomas W. **On the site of distributive justice**: Reflections on Cohen and Murphy. *Op. 163-166. Cit.*, pp. 159-162.

<sup>35</sup> COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. *Op. cit.*, pp. 137-138.

afirma Rawls, ainda que os princípios políticos não se apliquem diretamente à vida interna da família, eles impõem restrições à família como instituição de forma a garantir as liberdades básicas e as oportunidades a todos os membros<sup>36</sup>. Portanto, a estrutura básica descrita por Cohen está, na verdade, violando liberdades e igualdade de oportunidade ao tratar desigualmente maridos e esposas, filhos e filhas, no âmbito intrafamiliar e, conseqüentemente, está longe de satisfazer os princípios de justiça.

Neste sentido, como aponta Álvaro de Vita, ainda que uma estrutura básica justa não possa ser considerada a causa da injustiça familiar, sua neutralidade a respeito do gênero não é suficiente para garantir sua justiça. Ou seja, uma estrutura básica neutra em relação a gênero não é uma estrutura básica justa. Assim, na linha do que Pogge afirma acerca da influência da estrutura básica nas convenções sociais, temos que as instituições formais podem e devem combater a injustiça intrafamiliar. Sobre o tema, Álvaro de Vita expõe o seguinte:

Um critério de justiça que tem por objetivo arranjos institucionais não está obrigado a deixar convenções e *ethos* social da forma como existem. A interpretação institucional desse critério não nos compromete com uma visão liberal estreita da separação entre o público e o privado, segundo a qual aquilo que se passa em um âmbito da vida privada – neste caso, a família – deveria permanecer inteiramente insulado da ação política. Há muito a ser feito por instituições e políticas públicas para combater a injustiça intrafamiliar.<sup>37</sup>

Portanto, ao contrário do afirmado por G.A. Cohen, o modelo rawlsiano com foco na estrutura básica não passa ao largo do mote feminista “o privado também é público”, oferecendo um instrumental teórico para combater também injustiças que, a primeira vista, estariam de acordo com uma estrutura básica supostamente justa.

---

<sup>36</sup> RAWLS, John. **Political liberalism**. *Op. cit.*, p.469.

<sup>37</sup> VITA, Álvaro de. **O liberalismo igualitário e seus críticos: sociedade democrática e justiça internacional**. *Op. cit.*, p. 83.

## REFERÊNCIAS

- COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- FREEMAN, Samuel. **Introduction: John Rawls – An Overview**. In: FREEMAN, Samuel (org.) **The Cambridge Companion to John Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MURPHY, Liam. **Institutions and the Demands of Justice**. *Philosophy And Public Affairs*, Princeton, v. 4, n. 27, p.251-291, out. 1998.
- POGGE, Thomas W. **Cosmopolitanism**. In: PETTIT, Philip e GOODIN, Robert (org.) **A Companion to Contemporary Political Philosophy**. Oxford: Blackwell, 2007. pp. 312-331.
- \_\_\_\_\_. **John Rawls: his life and theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- \_\_\_\_\_. **On the site of distributive justice: Reflections on Cohen and Murphy**. *Philosophy and Public Affairs*, Princeton, v. 2, n. 29, p.251-291, abr. 2000.
- RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Belknap Press, 2005 (1971).
- \_\_\_\_\_. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Belknap Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Political Liberalism: expanded edition**. New York: Columbia University Press, 2005.
- VITA, Álvaro de. **O liberalismo igualitário e seus críticos: sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.



# INFLUÊNCIAS MUDIÁTICAS NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS CRIMINALISTAS

---

*Por Mariane Isabel Silva dos Santos*



# INFLUÊNCIAS MIDIÁTICAS NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS CRIMINALISTAS

*Mariane Isabel Silva dos Santos*

*(Bacharelada em Direito pela Faculdade do Vale do Ipojuca – UNIFAVIP)*

*Raissa Braga Campelo*

*(Professora do curso de Direito pela Faculdade do Vale do Ipojuca - Caruaru – PE.*

*Especialista em Ciências Criminais pelo Complexo Damásio de Jesus. Advogada Criminalista)*

*Pollyana de Queiroz Silva*

*(Professora do curso de Direito pela Faculdade do Vale do Ipojuca - Caruaru – PE.*

*Advogada Criminalista)*

## RESUMO

A mídia, enquanto meio mais eficaz de transmissão de informações, tem frequentemente distorcido os casos de maior proporção jurídica e os informado com juízo de valor. A sociedade, em sua maioria, por ser leiga juridicamente, começa a ver o caso da mesma forma que a mídia transmite e, por consequência, a pressionar o Estado para que faça justiça. Justiça essa que vê o indivíduo, em tela, como criminoso, mesmo sem ser proferida a decisão judicial. É sabido que o Estado enquanto investido de jurisdição, tem o direito e o dever de punir quem praticar algo ilícito tipificado no ordenamento jurídico vigente. Entretanto, o que tem ocorrido é o descaso proveniente da mídia: que expõe o então acusado, bem como o crime que cometeu, causando a ira da população. O que propomos é que a mídia faça um estudo profundo do caso, profira as informações sem juízos de valor ou que simplesmente convidem especialistas para trazerem dados concretos do caso exposto. Tendo em vista que a maior função dos profissionais midiáticos é informar e não influenciar a população no geral. O que tem sido observado, na verdade, é a despreocupação da mídia quanto à proporção que essas informações podem tomar. Tendo como objeto de estudo o juiz criminalista atuante no tribunal do júri, vemos que tanto o magistrado como também os jurados sofrem influência da opinião social. O juiz, tentando apaziguar o anseio de justiça por parte da sociedade, termina por aplicar a máxima prevista da pena para o então condenado. Além desta má aplicação, não é levado em consideração às discriminações que este indivíduo enfrentará ao sair do sistema penitenciário. E ainda mais, o magistrado deixa de lado alguns princípios constitucionais, como o da imparcialidade e o da proporcionalidade da pena,

simplesmente, para agradar uma parcela da sociedade que tem seus anseios conduzidos por uma mídia descompromissada com informações concretas na lei.

**Palavras-chaves:** Influência midiática. Juiz Penal. Imparcialidade. Tribunal do Júri.

## ABSTRACT

The media as the most effective means of transmitting information has often distorted the highest proportion of cases and legal informed with value judgment . The company , mostly because it lay legally , get to see the case the same way that the media broadcasts and, consequently , the pressure on the state to do justice. Justice who sees this individual in the screen , as a criminal , even without being given the court decision . It is known that while the state invested with jurisdiction , has the right and duty to punish those who practice something illegal typified in the current legislation . However , what has happened is the indifference from the media : that exposes then charged , and the crime he committed , causing public anger . We propose that the media make a deep study of the case , the information utter without value judgments or simply invite experts to bring evidence from the case exposed. Considering that the highest function of the professional media is to inform and not to influence the population in general. What has been observed , in fact , is the nonchalance of the media in the proportion that such information may take. Having as its object of study the judge acting in criminal jury trials , we see that both the magistrate as well as the jurors are influenced by social opinion . The judge , trying to appease the yearning for justice by society , ends by applying the maximum possible penalty for the then condemned. Besides this misapplication is not taken into account the discrimination that this individual will face when leaving the prison system . And further , the judge sets aside some constitutional principles such as fairness and proportionality of the sentence , just to please a segment of society that has yearnings led by its uncompromising media with factual information on the law.

**Keywords:** Media influence. Criminal Judge. Impartiality. Jury.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 3. DA INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NAS DECISÕES NA ESFERA CRIMINAL 4. DAS CONSEQUÊNCIAS DO POPULISMO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NO PROCESSO PENAL 5. CONCLUSÃO

## 1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a mídia tem conseguido criar grande influência nas opiniões tanto populares, quanto dos magistrados, em relação à resolução de casos que ganham grande repercussão, (em especial, os casos do tribunal do júri) e geram alardes, através da própria. A população que em sua grande maioria não tem conhecimento jurídico penal suficiente, estabelece como verdade, muitas das opiniões divulgadas pelos veículos de comunicação, não sendo estas, na maioria das vezes, confiáveis ou totalmente preenchidas de cargas axiológicas negativas.

A influência, como dito acima, atinge à sociedade no geral, e por conseguinte, os magistrados. Entretanto, quando se trata da influência nos juízes o peso que recai sobre eles é maior, tendo em vista que representam e proferem decisões em nome do Estado. Como a população cria suas opiniões e gera uma visão geralmente, exagerada e extremista, querem que a justiça e a pena imputada ao indivíduo sejam equivalentes ao tamanho da revolta dela. A sociedade visualiza o acusado, em questão, frente ao chamado "Direito Penal do Inimigo" que tem como pressuposto que, se o indivíduo é inimigo do Estado, é inimigo da sociedade.

Com os casos penais polêmicos que são abordados pela mídia, especialmente, os que tratam de crimes contra a vida, percebe-se que os acusados são vistos, pela sociedade, como pessoas indignas de viver no meio social. É observado em pesquisas e dados que a população é punitiva e sempre sustenta a ideia de maior punibilidade para o indivíduo acusado. Além disso, a mídia usa do sensacionalismo para dar a ideia que a criminalidade só aumenta, e a sensação de impunibilidade aparece com maior fervor. É justamente nesse ponto que o problema começa.

Na atualidade, torna-se difícil encontrar meios midiáticos que tratem de casos como esses de forma imparcial. Pelo contrário, utilizam-se desses para adquirirem audiência e acabam por influenciar, muitas vezes, de forma negativa as decisões do juiz penal. Isto ocorre porque julgam de forma equivocada, suscitando ira na população e uma consequente pressão no Estado (juiz).

## 2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ao observar o ímpeto que a mídia exerce sobre os juízes do Tribunal do Júri, seja o togado ou os juízes de fato, percebem-se os aspectos negativos consequentes desta influência. Aos

profissionais que trabalham nesta área é de fácil notoriedade a marginalização de alguns princípios constitucionais imprescindíveis ao alcance da justiça no caso concreto.

Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto.<sup>1</sup>

Esta “aplicação robotizada dos tipos incriminadores” pode ser comparada ao anseio social diante de casos do Tribunal do Júri com grande repercussão midiática. O que a sociedade quer é a incriminação do acusado da maneira mais severa possível, e por haver essa pressão, os juízes acabam marginalizando alguns princípios para agradar a massa.

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados.<sup>2</sup>

O que é visto atualmente é um público que não questiona a legitimidade da imprensa e muito menos a veracidade das informações transmitidas. Tendo em vista que o direito a informação é uma garantia constitucional, pode-se perceber que a sociedade necessita saber o que ocorre a sua volta, entretanto, de forma que não comprometa a vida de outras pessoas. O maior alvo da mídia é a audiência gigantesca, e para que esta seja alcançada vale tudo. Com esse “vale tudo” compromete-se a ética do profissional e desta maneira informações importantes deixam de

---

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. — 15. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

<sup>2</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 31 de Maio de 2013.

ser veiculadas de forma fiel.

Quando essas características da mídia são observadas do ponto de vista de um acusado no Tribunal do Júri, tem uma importância acentuada. Porque o réu não sofre apenas a imputação penal, mas a própria discriminação social prejudica toda a vida do mesmo como também de sua família. Quando há um caso de grande repercussão midiática, é visto a todo o momento os telejornais, rádios, sites, tratando sobre o mesmo assunto e focando os debates entre defesa e acusação.

Como se já não bastasse, os próprios juízes são influenciados por essa fonte tão imediata de informações, visto que os jurados, juízes de fato, são cidadãos comuns da sociedade, sem o conhecimento técnico das leis e que tem o dever de dar o veredicto sobre o caso. Se a função dos mesmos é de tamanha importância, e suas decisões forem viciadas haverá um julgamento injusto, e conseqüentemente uma sentença injusta tendo em vista que o veredicto dos mesmos vincula a decisão do juiz togado.

Observado esses aspectos, podem-se analisar o que é marginalizado para que isso ocorra. É quando se passa a examinar os princípios constitucionais violados. Entre eles, cita-se o da imparcialidade, proporcionalidade, presunção de inocência e da publicidade.

O princípio da Imparcialidade garante a validade do processo. Se o juiz togado sofre com a opinião pública, já influenciada e que anseia por uma sanção que corresponda ao crime, ou mesmo mais severa, esse anseio traz prejuízos ao magistrado visto que em alguns casos termina por ceder a pressão. Em entrevista realizada a dois juízes criminalistas na Comarca de Caruaru- PE os mesmos negam essa influência, afirmam prontamente que sabem o dever inerente a sua função e que cumprem a risca (esta entrevista será mais explorada no próximo ponto). Porém, não é esta a realidade observada nos casos concretos, pois eles sabem o dever que tem, porém muitas vezes respondem ao anseio social aplicando a norma da maneira mais rígida que houver.

Os jurados, por sua vez, também tem o mesmo dever de imparcialidade, já que eles são os juízes de fato e através dos seus votos é dada a sentença. Ainda na entrevista, é percebido que os juízes togados lançam a falta de imparcialidade aos jurados e que estes sim, indubitavelmente são influenciados. Isto leva a conclusão que a própria sentença será viciada, já que esta decorre dos votos do corpo de jurados.

O princípio da proporcionalidade tem ligação com o da imparcialidade quando estudado nesse tema, visto que se o juiz ou os jurados se deixarem influenciar pelo que a mídia pressiona acabam aplicando pena mais severa do que o acusado merecia. A respeito desse tema, tem a opinião de Luiz Flávio Gomes:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade ou da proibição de excesso é princípio geral do Direito. É válido, assim, para todas as áreas: penal, processual penal, administrativo etc. Aqui, no entanto, cumpre o papel de delimitar o *ius puniendi* (ou seja: a intervenção punitiva estatal). Neste sentido, o princípio da proporcionalidade rejeita o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em sentido abstrato) bem como a imposição de penas (proporcionalidade em sentido concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido, contemplado este em seu significado global.<sup>3</sup>

O princípio da presunção de inocência estar entre os princípios violados tendo em vista o poder de convencimento da imprensa que com seus julgamentos sensacionalistas poderão influenciar os jurados e até mesmo o juiz, acarretando uma mudança na forma de pensar o caso e, portanto, podendo até mudar o seu posicionamento quanto ao julgamento final. Ocorrendo isto, vemos que eles acabam não se atendo aos fatos e provas anexadas ao processo e negligenciam o que diz a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nas palavras de Alexandre de Moraes:

O princípio da presunção de inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pelo acusado (contraditório).<sup>4</sup>

O último princípio analisado é o da publicidade. É sabido que é uma garantia constitucional assegurada no inciso LX do art. 5º e preceitua o seguinte: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Isso significa que as sessões do Tribunal do Júri podem ser assistidas por qualquer pessoa, exceto na própria ressalva feita na Lei Maior. Este é o princípio que, ao ser analisado, dá margem a verdadeira influência nos magistrados, visto que é em função dele que há autorização da transmissão dos júris.

---

<sup>3</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Magistratura oprimida e populismo penal**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/03/21/magistratura-oprimida-e-populismopenal/>> Acesso em 7 Jun. 2013.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. *apud* STF - HC: 99141 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 29/03/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 13-04-2011 PUBLIC 14-04-2011 EMENT VOL-02503-01 PP-00148.

### 3. DA INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NAS DECISÕES JUDICIAIS NA ESFERA CRIMINAL

Atualmente, os crimes que ganham grande repercussão na mídia, acabam através desse meio despertando a curiosidade da população. Segundo Carnelutti:

Os jornais ocupam boa parte das suas páginas para a crônica dos delitos e dos processos. Quem as lê, aliás, tem a impressão de que tenhamos muito mais delitos que não boas ações neste mundo. A eles é que os delitos assemelham-se às papoulas que, quando se tem uma em um campo, todos desta se apercebem; e as boas ações se escondem, como as violetas entre as ervas do prado. Se dos delitos e dos processos penais os jornais se ocupam com tanta assiduidade, é que as pessoas por estes se interessam muito; sobre os processos penais assim ditos célebres a curiosidade do público se projeta avidamente. E é também esta uma forma de diversão: foge-se da própria vida ocupando-se da dos outros; e a ocupação não é nunca tão intensa como quando a vida dos outros assume o aspecto do drama. O problema é que assistem ao processo do mesmo modo com que deliciam o espetáculo cinematográfico, que, de resto, simula com muita freqüência, assim, o delito como o relativo processo. Assim como a atitude do público voltado aos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha, uma vez, a multidão para com os gladiadores que combatiam no circo, e tem ainda, em alguns países do mundo, para a corrida de touros, o processo penal não é, infelizmente, mais que uma escola de incivilização.<sup>5</sup>

A mídia dita que o criminoso é o "vilão" e a lei, é de fato o meio de combate a ele, usada pelo Magistrado. A sociedade, por sua vez, começa a colocar os casos reais como se fossem cenas de filmes, nas quais, muitas vezes, estigmatizam pessoas em um ser indigno de viver no meio social, alguém que precisa ser combatido. Nisto, todo o meio midiático esquece que seu papel é apenas de informar, e acaba criando um estigma do então "criminoso". Nessa linha, cita Rogério Greco:

A mídia, que exerce poderosa influência em nosso meio, se encarrega de fazer

---

<sup>5</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2002.

o trabalho de convencimento da sociedade, mostrando casos atrozes, terríveis sequer de serem imaginados, e, como resposta a eles, pugna por um Direito Penal mais severo, mais radical em suas punições<sup>6</sup>

A mídia tem influência positiva e negativa: podemos avaliá-la como positiva, partindo do pressuposto de que ela só transmite as informações e essa transmissão ocorre de forma imparcial, enquanto avaliá-la de forma negativa, caso essas informações seja repassadas de formas taxativas e impositivas, o que acontece em grande parte dos casos.

É importante a mídia trazer ao conhecimento da sociedade tais fatos. É fundamental que a sociedade saiba e acompanhe, passo a passo ou com o maior número de informações possíveis, o processo em pauta, mas é imprescindível que a mídia saiba até onde ela pode levar e arcar com tais informações. Não vivemos em uma sociedade onde cem por cento das pessoas têm instrução e conhecimento suficiente para filtrar o que os jornais, rádios, sites, dizem, e até que ponto eles são coerentes ou não. Vivemos em uma sociedade totalmente influenciável, onde grande parte aceita os juízos de valor feitos pelos jornalistas e levam adiante tais ideias. Todo esse conjunto faz com que a sociedade “leiga” aceite o fato de acordo como é passado.

Em nossa Carta Magna, é garantida a imparcialidade do julgador, que deve fazer justiça, sem cargas axiológicas, visto que não se pode sentenciar justamente sem que o magistrado mantenha distância de seu lado emocional.

Toda forma de informação tem uma tendência gigante a influenciar os destinatários dela. No âmbito jurídico não é diferente e, os casos que vão a júri popular são os que mais sofrem com esse dilema. Essa forma de abordagem que atinge a sociedade, faz com que atinja não só a decisão do juiz, mas a dos jurados também, tornando a regra da imparcialidade algo difícil de ocorrer.

Os jornalistas, radialistas, e todos os outros que participam para informação em massa e para a massa, estão fugindo do seu papel de informar e somente informar. Tais notícias teriam que chegar ao conhecimento popular de forma absolutamente informativa, isso implica em: não conter juízo de valor, opinião do comunicador. O erro acontece justamente nesse ponto: a falta de imparcialidade do comunicador. Sabe-se que o compromisso dele é repassar a notícia de forma clara e objetiva, mas, espera-se também que ela venha de forma enxuta, não carregada de opiniões e comentários.

É importante pensar que o jurado tanto pode ser um conhecedor independente, que

---

<sup>6</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

tenha opinião formada do caso sem influência midiática, como pode ser também um jurado que tenha sua tese baseada no que viu, ouviu através dos meios de comunicação, a respeito, comenta o Dr. Juiz da Vara única de São João/PE com acumulação na Vara Regional da Infância de Garanhuns, Rafael Cardozo: “Os jurados, ao contrário dos juízes togados, são facilmente influenciados justamente por não terem o conhecimento técnico necessário e a independência funcional. Sentem-se pressionados e na maioria das vezes julgam pelo clamor público.” E a Dra. Juíza da Vara única de Inajá/PE, Priscila Patriota<sup>7</sup>, dá também sua opinião a respeito:

[...] Em verdade, em crime doloso contra a vida a maioria dos jurados já chega à sessão plenária com a decisão. Não importa muito o que a defesa e a acusação sustentarão oralmente. Isso se dá porque eles são pessoas comuns do povo e sem conhecimento técnico, na grande maioria das vezes, de modo que o voto que será proferido por eles advém das convicções formadas no meio social sobre o caso através da mídia e da própria vizinhança. (PRISCILA PATRIOTA, informação obtida através de entrevista)

Eles são os juízes de fato e possuem a enorme responsabilidade de decidir o futuro do réu e, assim como determinado pela Constituição Federal, os jurados são pessoas leigas. Não necessariamente sem conhecimento algum, mas, sem conhecimento do caso em tela ao qual julgarão.

Diante do bombardeio de notícias, é praticamente impossível manter-se neutro ou consistente em suas opiniões, com tantas outras circulando de forma rápida no nosso dia-a-dia.

O Magistrado, que rege o julgamento e tem o dever de sentenciar a decisão tomada pelos jurados além de estar propenso à esta influência, tem que agir de forma totalmente imparcial de forma que assim, cumpra com o princípio que lhe é legitimado. Sobre o fato de a mídia influenciar de forma positiva ou não, a Dra. Priscila Patriota disse que,

[...] em relação à influência exercida sobre os crimes dolosos contra a vida submetidos ao Tribunal do Júri, na grande maioria das vezes, principalmente em casos que ganham grande repercussão nacional, a mídia acaba por “sensacionalizar”, e distorcer os fatos, prejudicando o trabalho sério e escorreito da Justiça. A distorção da realidade e das provas constantes no processo, acabam por prejudicar e muito o trabalho das partes envolvidas, inclusive dos

---

<sup>7</sup> Entrevista concedida em 28 de março de 2013.

peritos, porque a população aceita "a verdade" imposta pela mídia e acaba por pré-julgar a situação [...] (PRISCILA PATRIOTA, informação obtida através de entrevista)

Sobre isso também, respondeu o Dr. Juiz Rafael Cardozo:

[...] a televisão vira palco para a briga entre advogados de defesa e Ministério Público como forma de desviar a atenção para a prova constante dos autos. É impossível uma mídia retratar com precisão tudo o que há nos autos. O tempo na mídia é curto e, desta forma, selecionam-se informações que atraem o telespectador e que, não raras vezes, encontram-se isolada nos autos.<sup>8</sup> (RAFAEL CARDOZO, informação obtida através de entrevista)

Certamente, o juiz usará de seu princípio do livre convencimento e com base nos autos, proferirá e terá suas opiniões embasadas nisso, não excluindo a chance - muito provável - de existência da influência no seu padecer. Ele é livre para decidir dentro dos padrões impostos a ele através da Carta Magna, utilizando-se da imparcialidade que é instrumento garantista.

O jurado também é dotado da imparcialidade e cabe somente a ele pô-la em prática ou não; absolver as informações cautelosamente ou não. Sabemos da necessidade dos veículos de comunicação porém, temos que impor limites e regradar até onde o poder midiático pode fazer com os juízos de valor unilaterais expostos por eles podem levar a decisões injustas ou fora do normal.

O populismo penal é movido pelo espírito de revolta e a vontade de justiça do povo em relação aos crimes expostos, os quais a mídia põe em forma de sensacionalista e esse sensacionalismo vem com o objetivo de lucrar sobre tais situações. Como cita o Prof<sup>o</sup>. Luiz Flávio Gomes em um de seus artigos sobre o problema causado pelo Populismo Penal:

Ele atende as exigências imediatas da população (dos votantes) e da mídia [...] Pensa no agora, no imediato. O futuro não importa neste momento. Só enxerga o passado e não olha para frente. Satisfaz sentimentos populares de vingança, mas não constrói estradas ou pontes para as futuras gerações.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Entrevista concedida em 8 de abril de 2013.

<sup>9</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Brasil e seus populismos. O caos social está aumentando.** Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/04/19/brasil-e-seus-populismos-o-caos-social-esta-aumentando/> Acesso em: 9 Jun. 2013.

Os efeitos do populismo penal causam confusão e confusão desnecessária. A mídia se aproveita da vulnerabilidade do povo, que pensam não poder fazer nada para mudar certas situações, ou que seus pensamentos não influenciam nada, e transformam essa vulnerabilidade em despotismo. Tudo isso causa esse resultado exagerado e manipulador que faz com que o povo espere um final utópico de que realmente ocorra tudo em grande proporção, do que foi esperado.

## 5. DAS CONSEQUÊNCIAS DO POPULISMO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NO PROCESSO PENAL

Sabe-se da pressão que a mídia exerce nos processos criminais, tendo em vista que estes têm grande repercussão na sociedade e servem para alcançar mais audiência. Por esta razão, em muitos casos, acontece um verdadeiro julgamento antecipado dos réus, não tendo estes a mínima chance de defesa com base nas provas e de um julgamento conforme a justiça.

O professor Eduardo Viana Portela Neves assevera que sob esta perspectiva que “é perfeitamente possível afirmar que ela (mídia) deixa de transmitir a realidade e passa a ser produtora da realidade”<sup>10</sup>. Os programas sensacionalistas exploram as misérias do cotidiano, abusam da linguagem espetacular para impressionar o público e, conseqüentemente, promovem a banalização do crime.

Em suas reflexões sobre processo penal e mídia, Ana Lúcia Menezes Vieira expõe que:

A notícia que interfere na opinião pública é capaz de sensibilizar o leitor, ouvinte ou telespectador. Ela é intensa, ela produz impacto que fortalece a informação. O redator da notícia transforma o ato comum em sensacional, cria um clima de tensão por meio de títulos e imagens fortes, contundentes, que atingem e condicionam, assim, a opinião pública.<sup>11</sup>

A mídia transmite a falsa impressão de que se vive numa sociedade mergulhada na criminalidade, dominada pelo medo, onde a máquina repressora do Estado seria a única opção

<sup>10</sup> NEVES, Eduardo Viana Portela *apud* ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os Meios de Comunicação de Massa e o Direito Penal: A Influência da Divulgação de Notícias no Ordenamento Jurídico Penal e no Devido Processo Legal**. Disponível em: <<http://srv02.fainor.com.br/revista/index.php/memorias/article/viewFile/11/26>> Acesso em 5 de maio de 2013.

<sup>11</sup> *Idem*.

para conter a violência e proporcionar um pouco de paz.

É comum ouvir, nos meios de comunicação, pessoas disseminando pensamentos que povoam o senso comum, como: “bandido tem que mofar na cadeia”, “a polícia prende, mas a justiça solta”, “o Brasil é o país da impunidade”, “é preciso aumentar as penas” etc. Transmitem a notícia de modo a despertar no grande público sentimentos como vingança, desejo de fazer justiça com as próprias mãos, maior ação punitiva do Estado. As pessoas passam a ver nas penas rigorosas e no encarceramento a saída para o suposto caos provocado pelo crime.

Nessa perspectiva temos o Direito Penal do Inimigo, o qual não prioriza os princípios fundamentais do acusado, tendo o indivíduo delinquente como inimigo do Estado. (GRECO)<sup>12</sup>. Tem-se que o inimigo representa aquele que rescindiu seus liames com a sociedade, retrocedendo ao estado de natureza. Colocando como objetivo principal a neutralização do indivíduo, não importando a forma que venha ocorrer e tendo em vista que as normas que regem a sociedade e o Estado não são aplicáveis ao inimigo.

O raciocínio seria o de verdadeiro estado de guerra, razão pela qual, de acordo com Jakobs, numa guerra, as regras do jogo devem ser diferentes. O Direito Penal do Inimigo, conforme salienta Jakobs, já existe em nossas legislações, gostemos ou não disso, a exemplo do que ocorre no Brasil com a lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção de ações praticadas por organizações criminosas (Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995).<sup>13</sup>

Ainda nesse ponto de vista, o autor Manuel Cancio Meliá diz:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em

---

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 29 de jun de 2014.

<sup>13</sup> Idem.

correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.<sup>14</sup>

A sociedade sempre vai querer maior punição para o indivíduo. Maiores penas, maiores castigos, se houvesse pena de morte como repressão ao crime de homicídio, por exemplo, teríamos pessoas sendo mortas quase que diariamente, na proporção das sentenças condenatórias transitadas em julgado. Com efeito, é inegável que as mensagens midiáticas influem, não apenas no âmbito do direito material, como também sobre as regras de persecução criminal, ou seja, no processo.

Desta forma temos, verdadeiramente, a extinção do princípio fundamental do processo penal (constitucionalmente protegido no artigo 5º, inciso LVII), que é o da presunção da inocência, vencido em razão da liberdade de imprensa (também importantíssimo para democracia). Na verdade, não se tem mais uma discussão jurídica dentro do processo, pois este já está praticamente “definido”. Um exemplo claro disto é o que está ocorrendo nas grandes ações da Polícia Federal, em muitas delas vê-se nomes estampados dos acusados - não condenados ainda - em jornais como verdadeiros criminosos, tendo apenas a investigação no inquérito (longe de uma sentença transitada em julgado).

O magistrado em função de sua instrução jurídico-científico e das garantias a ele permitidas consegue com mais facilidade diferenciar o que é apresentado nos jornais da realidade dos fatos do processo, porém ainda assim é difícil manter a imparcialidade.

Já no Tribunal Popular, todos os princípios para tentar assegurar um julgamento imparcial perdem sua eficácia em muitos de seus julgamentos, uma vez que visivelmente tem-se um pré-julgamento (principalmente em casos de maior repercussão). Na prática, como são pessoas muitas vezes despreparadas, a mídia tem força para condenar o réu diante destes.

Os meios de comunicação, atualmente, estão intimamente ligados ao direito penal, através não somente das notícias criminais, mas também nos filmes e seriados. E favorecem para que se mantenha o poder do Estado, através da criação de um sentimento de medo geral, justificando o exercício deste e da destruição de inúmeras garantias constitucionais.

A mídia, atualmente, tem um grande poder de influência sobre as pessoas, atuando nos inconscientes de cada cidadão, criando uma massificação do pensamento. No mundo em que vivemos, que é absolutamente capitalista, a informação é considerada pelos veículos midiáticos, acima de tudo, como um meio de se fazer dinheiro, um comércio. E a violência é um “produto”

---

<sup>14</sup> CANCIO MELIA, Manuel *apud* GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 29 de jun de 2014.

que realmente vende muito, por isso é amplamente explorada em todos os meios de comunicação.

Ainda, a esse respeito numa passagem em que comenta sobre o poder da televisão e sua influência, Ignácio Ramonet diz: “Um meio de comunicação central -a televisão- produz um impacto tão forte no espírito do público que os outros meios de comunicação se sentem obrigados a acompanhar esse impacto, entretê-lo e prolongá-lo.”.

Há de se falar, ainda, da veracidade dos fatos apresentados pela mídia que muitas vezes não são devidamente analisados sem o impacto da emoção, em prol da exclusividade ou como chamam o “furo jornalístico”. No direito penal isto se aperfeiçoa quando ao noticiar uma investigação, os meios de comunicação já apontam se a pessoa é inocente ou culpada (é a neurose da informação instantânea, do agora) e essa informação se dissipa rapidamente.

Uma pergunta se torna latente frente a essas colocações: qual é a verdade dos fatos nos dias atuais? Podemos dizer que a verdade é aquela que a mídia nos mostra como verdadeira, mesmo com o nosso senso crítico (obviamente que nos resguardamos de algumas coisas absurdas), o falso pode se tornar verdadeiro, basta que a mídia acredite e queira isso.

Tudo isso vai se refletir no julgamento do Tribunal do povo, porque estes estão mais despreparados para julgar, até por uma questão de instinto de sobrevivência, como uma “pseudo-segurança”. No Júri, buscam resguardar a sociedade de um potencial ou real delinquente, assim mostrando este lado perverso deste Tribunal tão aclamado por muitos.

## 6. CONCLUSÃO

Após todo o exposto, percebe-se que se não estamos dispostos a entender a fundo as realidade mostradas pela mídia, criando nosso próprio conceito sobre essas questões, passamos de influenciadores a influenciados e ainda, prejudicando terceiros.

Acontece que a mídia não se limita nem mede seu nível de informação, até onde pode ou não comentar, cabendo a nós como receptores dessa massa, filtrarmos as informações que nos forem pertinentes e saber até onde concordar ou não com o que for dito. Não apenas nós, mas, o que adotamos como verdade é o que iremos querer que se concretize e sabemos que se isso gera repercussão, atinge níveis mais altos.

O Magistrado merece dispor do seu princípio da Imparcialidade, assim como também o Jurado e que esse princípio não sofre interferência de discursos que amedrontam os ouvintes,

cujos em grande número não dispõe de conhecimento suficiente para ser a favor ou não do que lhes for exposto.

## REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. — 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Editora Saraiva, São Paulo, 4º Vol., 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Magistratura oprimida e populismo penal**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/03/21/magistratura-oprimida-e-populismopenal/>> Acesso em 7 Jun. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Brasil e seus populismos. O caos social está aumentando**. Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/04/19/brasil-e-seus-populismos-o-caos-social-esta-aumentando/> Acesso em: 9 Jun. 2013.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 31 de Maio de 2013.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LEITE, Bruna Eitelwein. **A influência da mídia no princípio da presunção de inocência no tribunal do júri**. Monografia, PUCRS, 2011.

NEVES, Eduardo Viana Portela *apud* ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os Meios de Comunicação de Massa e o Direito Penal: A Influência da Divulgação de Notícias no Ordenamento Jurídico Penal e no Devido Processo Legal**. Disponível em:<<http://srv02.fainor.com.br/revista/index.php/memorias/article/viewFile/11/26>> Acesso em 5 de mai de 2013.

ROCHA VIEIRA, Samir Vaz. **A influência da mídia sobre o judiciário: análise sobre casos jurídicos de grande repercussão**. Artigo Científico, UNIPAM, JUL. 2011.

TORON, A. Z; VILARDI. C. S; BOTTINI. P. C. **Magistratura não pode se submeter ao populismo penal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-05/magistratura-tribunais-nao-podem-submeter-populismo-penal>> Acesso em: 29. Maio. 2013.

## ANEXO I. ENTREVISTAS

**Entrevista realizada com Rafael Sousa Cardozo** (Juiz da Vara Única de São João/PE com acumulação na Vara regional da Infância em Garanhuns/PE)

**Qual influência a mídia exerce sob o sistema criminalista do Tribunal do Júri ?  
Positiva ou negativa?**

O papel da mídia é essencial para o fortalecimento da democracia. Contudo, quando se exerce o direito à informação de forma exagerada e com o intuito único de ganhar audiência há uma distorção do papel da imprensa que, ao invés, de contribuir acaba por distorcer a realidade. Especificamente no Tribunal do Júri, em casos como o do goleiro Bruno e outros tantos de repercussão nacional, entendo que o papel da mídia é negativo, na medida em que não retrata a realidade processual de maneira fidedigna, mas explora aspectos que lhe trarão audiência. Muitas informações passadas pela mídia são distorcidas e não encontram respaldo nos autos. Outra vezes, a televisão vira palco para a briga entre advogados de defesa e Ministério Público como forma de desviar a atenção para a prova constante dos autos. É impossível um mídia retratar com precisão tudo o que há nos autos. O tempo na mídia é curto e, desta forma, selecionam-se informações que atraem o telespectador e que, não raras vezes, encontram-se isolada nos autos.

**O princípio da imparcialidade do juiz é prejudicado, tendo em vista a pressão midiática?**

Um juiz centrado, ético, preparado e consciente dos seus deveres funcionais não se deixa impressionar ou ser pressionado seja pela mídia ou quem quer que seja. O juiz é acostumado a lidar com pressões de todas as formas, seja das partes, advogados ou mesmo da mídia. Não se deve decidir por clamor público, mas baseado nos princípios constitucionais e amparado no ordenamento jurídico pátrio.

**Os jurados ao serem bombardeados pelas informações midiáticas já tem um pré-julgamento do caso antes mesmo de ouvir os relatos da denúncia pelo Ministério Público ?**

Com toda certeza. Os jurados, ao contrário dos juízes togados, são facilmente influenciados justamente por não terem o conhecimento técnico necessário e a independência funcional. Sentem-se pressionados e na maioria da vezes julgam pelo clamor público.

**Entrevista realizada com Priscila Vasconcelos Areal Cabral Farias Patriota** (Juíza da Vara única de Inajá/PE)

**Qual influência a mídia exerce sob o sistema criminalista do Tribunal do Júri ?  
Positiva ou negativa?**

O direito à livre manifestação do pensamento é um direito fundamental constitucionalmente assegurado, exercendo a mídia importante papel na difusão da informação e para a formação da opinião. Entretanto, em relação à influência exercida sobre os crimes dolosos contra a vida submetidos ao Tribunal do Júri, na grande maioria das vezes, principalmente em casos que ganham grande repercussão nacional, a mídia acaba por sensacionalizar e distorcer os fatos, prejudicando o trabalho sério e escorreito da Justiça.

A distorção da realidade e das provas constantes no processo acabam por prejudicar e muito o trabalho das partes envolvidas, inclusive dos peritos, porque a população aceita "a verdade" imposta pela mídia e acaba por pré-julgar a situação, foi o que se deu com o Caso Nardoni, o caso do Goleiro Bruno, dentre tantos outros.

Em situações desta natureza, o papel da mídia é extremamente negativo, pois os repórteres buscando cada vez mais audiências, fazem de tudo para "jogar" informações na mídia acerca do caso, o que desnatura totalmente a realidade. Os repórteres buscam polemizar ainda mais a situação, porque só assim o assunto será mantido na mídia, de modo que a todo custo buscam entrevistas com os advogados e o representante ministerial envolvidos no processo para, mediante as edições, conseguirem lançar apenas o que é útil para incutir na sociedade justamente a opinião que o veículo de imprensa deseja que a população tenha. Lado outro, a mídia acaba por intrigar ainda mais advogado e defesa, causando grandes embates entre ambos.

A mídia é importante veículo de informação, mas nos casos de grande repercussão nacional acaba por prejudicar o deslinde processual.

**O princípio da imparcialidade do juiz é prejudicado, tendo em vista a pressão midiática ?**

O juiz jamais será desvirtuado de seus princípios, sua ética e probidade pela pressão midiática. O juiz sempre julgará o processo tendo por fundamento todo o conjunto probatório nele contido. Papel algum exercido pela mídia, por mais destaque e pressão que se dê ao caso, servirá para quebrar o princípio da imparcialidade. As provas dos autos não serão atingidas por quaisquer influências externas, pois a única coisa relevante ao julgamento da causa são as provas nele contidas.

**Os jurados ao serem bombardeados pelas informações midiáticas já tem um pré-julgamento do caso antes mesmo de ouvir os relatos da denúncia pelo Ministério Público ?**

Indubitavelmente. Os jurados são totalmente influenciados pela pressão mediática. A mídia quando se manifesta a respeito de um crime doloso contra a vida já "impõe" um julgamento ao caso, de modo que se porventura os jurados emanarem outro julgamento serão eles os julgados pela sociedade. Em verdade, em crime doloso contra a vida a maioria dos jurados já chega a sessão plenária com a decisão. Não importa muito o que a defesa e a acusação sustentarão oralmente. Isso se dá porque eles são pessoas comuns do povo e sem conhecimento técnico, na grande maioria das vezes, de modo que o voto que será proferido por eles advém das convicções formadas no meio social sobre o caso através da mídia e da própria vizinhança.

# O DIREITO PENAL E O CONTROLE DE VIOLÊNCIA JUVENIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS TEORIAS FUNCIONALISTAS

---

*Por Aruani Kindermann Lapolli e  
Airto Chaves Junior*



# O DIREITO PENAL E O CONTROLE DE VIOLÊNCIA JUVENIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS TEORIAS FUNCIONALISTAS

*Aruani Kindermann Lapolli*

*(Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Servidora Pública do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina)*

*Airto Chaves Junior*

*(Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí –UNIVALI. Professor Titular de Direito Processual Penal e Direito Penal pela mesma universidade; Professor da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Advogado Criminalista em Santa Catarina)*

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto o estudo da redução da maioridade penal como instrumento de contenção ao avanço da criminalidade juvenil. A pesquisa se justifica à medida em que a “bandeira da redução da maioridade penal” é levantada no plano social toda vez que repercute no meio midiático um ato infracional violento praticado por adolescente. O seu objetivo geral é avaliar se a via penal é adequada e legítima para coibir comportamentos penalmente relevantes praticados pelos adolescentes. Os objetivos específicos são: a) estudar as funções do Direito Penal a partir das Teorias Funcionalistas; b) avaliar a função da pena sob a ótica da prevenção especial positiva, enraizada no plano legislativo brasileiro a partir daquilo que registra o art. 1º da Lei de Execuções Penais; c) analisar se os objetivos de “proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos” (Funcionalismo Moderado) e “reintegração social do apenado” (prevenção especial positiva) são efetivamente buscados e, por consequência, atingidos. Quanto à metodologia empregada, destacam-se duas fases distintas. A fase de investigação denota a utilização do método comparativo; nas considerações finais, ressalta-se o emprego da base lógica indutiva.

**Palavras-chaves:** Direito Penal. Teorias Funcionalistas. Maioridade Penal.

## **ABSTRACT**

This research aims to study the reduction of criminal majority as an instrument of containment to the advancement of youth crime. The research is justified to the extent that the "flag of lowering the criminal majority" is raised in the social mean as reflected in the media, everytime a violent offense is committed by teenagers. Its overall objective is to assess whether the criminal route is appropriate and legitimate to curb criminally relevant behavior practiced by adolescents. Specific objectives are: a) to study the functions of the criminal law from the Functionalist Theories; b) evaluate the function of the sentence from the perspective of positive special prevention, rooted in Brazilian law from what records the art. 1 of the Law of Penal Execution; c) analyze whether the goals of "subsidiary protection of legal goods and fragmentary" (Functionalism Moderate) and "social reintegration of the convict" (positive special prevention) are effectively pursued and consequently achieved. Regarding methodology, we highlight two distinct phases. The research phase denotes the use of the comparative method, in closing remarks, we highlight the use of inductive logic base.

**Keywords:** Criminal Law. Functionalist Theories. Legal Age.

## **SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO: JUSTIFICATIVAS PARA O DEBATE 2. AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL. 2.1. Seleção de bens ou seleção de pessoas? Notas sobre o Funcionalismo Contencionista 3. A FALSA UNIVERSALIDADE DO BEM JURÍDICO: O QUE (QUEM) SE PRETENDE PROTEGER? 4. CRISE DO DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL QUANTO A SEUS OBJETIVOS DECLARADOS 5. A QUESTÃO DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA 6. A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO INSTRUMENTO (I) LEGÍTIMO DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## 1. INTRODUÇÃO: JUSTIFICATIVAS PARA O DEBATE

A pesquisa que aqui se inicia tratará do Direito Penal como instrumento (i)legítimo para contenção da criminalidade juvenil, pelo que, o tema a ser abordado em sua centralidade será o da **redução da maioridade penal**.

Por disposição constitucional, no Brasil, a pessoa só passa a imputabilidade depois de completados 18 anos.<sup>1</sup> Assim, os menores de 18 anos são inimputáveis e essa presunção é absoluta, pois o critério aqui adotado é puramente biológico, de maneira que nenhuma outra circunstância de natureza psicológica altera a idade penal. A maior especulação em torno do tema é a (im)possibilidade de redução de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos.

O tema “redução da maioridade penal” ressurgiu quando se tem um crime de grande repercussão nacional envolvendo, no polo ativo da infração, criança ou adolescente. A partir disso, a mídia clama por penas exemplares, encarceramentos e instrumentos que aparecem camuflados no perigoso discurso: “alguém precisa ser feito”. Em miúdos, precisa-se de mais Direito Penal.

Sem adentrar aqui no plano midiático e na influência que os telejornais podem exercer sobre a opinião pública (pois, inegavelmente, um crime é tanto mais grave quanto mais atenção um programa policiaisco de boa audiência dispensa sobre o caso), enraíza-se um macabro consenso por meio de um intenso bombardeio de justificativas, todas elas, extremamente propensas a se utilizar do sistema repressivo em um instrumento político promocional de bem estar social. A primeira dúvida que surge neste contexto é a seguinte: “bem estar de quem?”.

Acredita-se, num primeiro plano, que os problemas da criminalidade e segurança pública serão resolvidos com o encarceramento de alguém. Pesquisa da CNT2 (Confederação Nacional do Transporte), feita em parceria com o instituto MDA, divulgada em junho de 2013, revelou que a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos é aprovada por 92,7% dos brasileiros.

A peça publicitária sustentadora da redução da maioridade penal, muito bem desenhada, por sinal, se concentra em algumas premissas bastante divulgadas e incorporadas ao discurso: a) é cada vez maior o número de menores envolvidos em práticas criminosas; b) o Estatuto da Criança e do Adolescente não é eficaz, porque as respostas (“medidas socioeducativas”) nele previstas são muito brandas; c) os autores intelectuais dos crimes (maiores) se utilizam dos menores para sua

<sup>1</sup> CRFB/88, Art. 228. “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” Semelhante disposição é trazida no Código Penal Brasileiro, em seu art. 27.

<sup>2</sup> DOURADO, Kamilla. **Portal R7 Notícias**. Mais de 90% da população aprova a redução da maioridade penal. Matéria veiculada em 11/6/2013.

prática; d) para reduzir essa violência promovida pelo público juvenil, o Direito Penal é a saída mais rápida e eficaz.

Essas premissas, verdadeiras ou não, revelam uma situação de fato fundamentada num sentimento quase que comum: a necessidade de adoção de medidas penais urgentes, já que outras vias de solução que o Estado dispunha não seriam capazes de produzir o mesmo efeito dissuasivo.

**A questão é:** o Direito Penal é o instrumento adequado para resolver esse tipo de questões?

Inicialmente, deve-se evitar o raciocínio simplista de que do Direito Penal se extraem resultados positivos e em conformidade com o proposto. Não se pode ignorar que o Sistema Penal em que o Direito está inserido produz efeitos altamente prejudiciais aos seus alvos (diretamente) e a todo corpo social (por via indireta e secundária), pelo que, somente se justificaria em situações realmente excepcionais. Além disso, nessas condições de excepcionalidade, não se pode deixar, ainda, de se buscar coerência a este Sistema Penal, o que significa dizer, articular de forma construtiva os antagonismos que o corpo social revela.

A (des) legitimidade do Direito Penal para solução dessa espécie de problema é ancorada em diversas pilas, das quais duas ganharão relevância na pesquisa que aqui se desenvolve: a) O Direito Penal como instrumento legítimo de proteção de bens jurídicos essenciais à coexistência (Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos); e, uma vez violado o bem jurídico penalmente tutelado, b) a reintegração do apenado por meio da pena privativa de liberdade (prevenção especial positiva).

Toda a sociedade revela um interesse premente na redução da criminalidade infanto-juvenil. Porém, importante a utilização de instrumentos e meios idôneos e legítimos e não de embustes que só tendem a mascarar os problemas e, talvez, potencializar os danos deles decorrentes.

Seria o Direito Penal um instrumento solucionador? Ou, então, meio potencializador desses problemas? É o que se pretende avaliar na sequência.

## 2. AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Os estudos das concepções instrumentais do Direito Penal são fundamentais para compreensão da (in)viabilidade da redução da maioria penal, pois é no Sistema Penal que se pretende incluir o menor infrator a partir do descimento do fator cronológico de imputabilidade penal (de dezoito para dezesseis anos).

Entende-se por **funcionalismo penal** a concepção metodológica segundo a qual os conceitos e o sistema do Direito Penal devem ser construídos com base em considerações normativas, referentes aos fins do Direito Penal e a seus pressupostos de legitimidade.<sup>3</sup>

Essa concepção funcional ganhou força a partir da década de 1970 com o escrito sobre **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal** de autoria do penalista alemão Claus Roxin<sup>4</sup>. Desde então, a ideia de um Direito Penal instrumental e de protetor do “bem jurídico” é bastante difundida, sobretudo, após a sedimentação dos critérios de **subsidiariedade e fragmentariedade** tratados pelo jurista, que reunidos, buscam uma **intervenção penal minimalista**. Trata-se de uma das facetas do funcionalismo penal<sup>5</sup>: o Direito Penal como função tutelar, protetora de bens jurídicos.

Conforme Roxin<sup>6</sup>, o Direito Penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. Essa finalidade estaria condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas, de maneira que o Direito Penal seria desnecessário quando se poderia garantir a proteção desses bens através do Direito Civil, uma proibição administrativa ou medidas preventivas judiciais.

Essa teoria do bem jurídico se refere ao **funcionalismo moderado**, teleológico ou valorativo. A ideia de **valor** está bastante presente na construção funcionalista desenvolvida por Roxin, de maneira que cada conceito (conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) deve ser avaliado sob um prisma **Político Criminal**, ou seja, analisado sob uma orientação voltada aos

---

<sup>3</sup> GRECO, Luiz Felipe. Funcionalismo Penal. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006, p. 369.

<sup>4</sup> Ver ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>5</sup> Neste caso, refere-se ao Funcionalismo moderado, teleológico ou valorativo.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32-33.

direitos fundamentais e os valores do Estado Social e Democrático de Direito.

Não se recorre, então, a categorias ontológicas do ser. Leva-se em conta, por outro lado, o aspecto **normativo**, o fundamento, a função que cada conceito tem de cumprir no sistema da Teoria do Delito, especialmente no que se refere ao **injusto penal**, com a chamada **teoria da imputação objetiva**. Conforme essa teoria, o **injusto** não é apenas um acontecimento causal (causalismo), nem tampouco final (finalismo), mas primariamente a realização de um risco não permitido criado pelo autor da conduta.<sup>7</sup>

Neste contexto, Roxin<sup>8</sup> explica que o ato de vender um punhal a uma pessoa de aparência suspeita, apesar de criar certo risco, não pode ser considerado **risco proibido**, pois uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão crimes dolosos. Do contrário, além dos punhais, igualmente não se poderiam ser vendidos ou emprestados materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas, etc.

E, sendo o Direito Penal instrumento de proteção dos bens jurídicos mais importantes, como é feita essa proteção pelo Estado? O Estado tipifica comportamentos e impõe sanções àqueles que violarem as regras (tipicidade e pena). Aliás, Rogério Greco<sup>9</sup> bem lembra que a censura vem corporificada por meio da pena. É ela que irá ditar a gravidade do mal praticado.

Assim, o primeiro limite imposto ao direito de punir do Estado é a mais estrita necessidade de recorrer à punição (pena ou medida de segurança), consubstanciado em dois princípios fundamentais: a) o da subsidiariedade na seleção dos bens jurídicos (que opera *in abstracto*), e b) a proteção de bens jurídicos deve suportar forma fragmentária, limitada a ataques mais perigosos (que ocorre *in concreto*). Conforme Santiago Mir Puig<sup>10</sup>, negligenciar esses critérios seria abandonar algumas das tarefas sócio-políticas que o Estado se propõe a cuidar.

A utilidade principal que cobre o estudo desse limite do poder punitivo do Estado é que ele deriva, especialmente, de uma operação funcional, de condições de justificação da punição e a sua necessidade de proteger a sociedade. O fundamento político (que anuncia uma abordagem impositiva de respeito ao Estado democrático de direito) ficaria num segundo plano.

---

<sup>7</sup> GRECO, Luiz Felipe. Funcionalismo Penal. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006, p. 369.

<sup>8</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 105.

<sup>9</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 65.

<sup>10</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción las bases Del Derecho Penal**. Montevideo: Julio César Faira Editor, 2003, p. 112.

Resumidamente, conforme os adeptos do funcionalismo moderado, o Direito Penal é um dos instrumentos de proteção dos bens jurídicos e, neste caso, de proteção àqueles bens de maior relevância ao convívio social. Mas, uma dúvida aqui é levantada: quais os critérios de seleção desses bens jurídicos para tutela penal? Como chegar ao quantum para determinar que um comportamento é mais grave que o outro e, conseqüentemente, deve comportar pena maior?

A seleção dos bens jurídicos varia de sociedade para sociedade. Assim, o critério de seleção será o valorativo-cultural, conforme a necessidade de cada época. Existe uma zona de consenso, comum a toda e qualquer sociedade, no sentido de proteção a determinados bens, com a criação de certas figuras típicas, como ocorre, por exemplo, com as condutas que encontram tipicidade nos crimes de roubo e homicídio. Por outro lado, existem zonas de conflito, nas quais condutas que são incriminadas e determinadas sociedades já não o são em outras, a exemplo de crime de aborto.<sup>11</sup>

Então, para compreensão da presente pesquisa, necessário se faz entender a prevalência do discurso no sentido de Direito Penal como instrumento protetor de bens jurídicos<sup>12</sup>, isso para que se perfaça um “corte” dessa concepção instrumental para função selecionadora de pessoas, pois, num plano manifesto, o Estado se utiliza do Direito Penal se voltando quase sempre contra certas pessoas, raramente, contra certas condutas. Tanto que uma parcela de privilegiados possui a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas.<sup>13</sup>

## 2.1. SELEÇÃO DE BENS OU SELEÇÃO DE PESSOAS? NOTAS SOBRE O FUNCIONALISMO CONTENCIONISTA

A concepção funcional contencionista é teorizada por Eugênio Raúl Zaffaroni<sup>14</sup> desde a década de 80 do séc. passado. Conforme esse autor, a função do Direito Penal de todo Estado

---

<sup>11</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 67.

<sup>12</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. V. 1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

<sup>13</sup> CHAVES JUNIOR, Airto; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **A miséria atrás das grades**: a produção da criminalidade a partir da seletividade da norma penal. In **Revista Direito e Justiça** – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 12- Março 2009, p. 14.

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis.

Neste caso, se o Direito Penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado, pois é ele um apêndice indispensável do Direito Constitucional do Estado de Direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o chamado “Estado de polícia”. Diante dessa perspectiva, a função do Direito Penal, como instrumento do Estado de Direito, seria reduzir a violência do Estado de polícia, bem como, a seletividade que lhe é intrínseca.

Paulo Cesar Busato<sup>15</sup> lembra que esta concepção é ancorada numa Criminologia Crítica, que preconiza que o Direito Penal possui o objetivo declarado pelo discurso jurídico oficial de proteção de bens jurídicos essenciais (Funcionalismo Moderado), mas, por outro lado, comporta objetivos reais ou latentes, ocultados pelo discurso jurídico oficial e proclamados pelo discurso jurídico crítico.

A seletividade de pessoas, notadamente aquelas mais vulneráveis do ponto de vista econômico é característica marcante do sistema. Isso acaba por colocar o Direito Penal como instrumento contendor de comportamentos praticáveis por grupos determinados, de forma que criminaliza certos padrões de conduta e imuniza outros comportamentos que, num plano material, são tão ou mais reprováveis que aqueles em que o Direito Penal realmente ataca. Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos<sup>16</sup> anota que crime é o que a lei, ou a justiça criminal, determina como crime, excluindo comportamentos não definidos legalmente como crimes, por mais danosos que sejam, tais como o imperialismo e a exploração do trabalho; ou comportamentos que, apesar de definidos como crimes, não são processados nem reprimidos como crimes, como a criminalidade de “colarinho branco”.

Zaffaroni<sup>17</sup> demonstra o critério seletivo do Direito Penal como forma de contenção da criminalidade. É que, historicamente, o poder punitivo sempre discriminou certos grupos de seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo sem correspondência à condição de pessoas.

Desde a era pré-moderna, o poder punitivo conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de **pessoas** a grupos mais vulneráveis e mais distantes aos centros de

---

<sup>15</sup> BUSATO, Paulo César; BASSO, Stephan Nascimento. **Funções e Missões do Direito Penal**. In BUSATO, Paulo César (Org.). **Fundamentos de Direito Penal (Direito Penal baseado em casos)**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 29.

<sup>16</sup> SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. 2ª Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 9.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.11.

poder. Esses seres humanos são assinalados como **inimigos** da sociedade e, por conseguinte, o controle constante deve recair sobre eles.

Assim, desde sua própria origem, o poder punitivo mostrou uma formidável capacidade de perversão, montada – como sempre – sobre um preconceito que impõe *medo*, sempre admitida e ratificada abertamente pelos teóricos de seu tempo.<sup>18</sup>

No século XV, o livro **Malleus Maleficarum**, também chamado **O martelo das feiticeiras**<sup>19</sup> foi escrito pelos inquisidores alemães Heinrich Kramer e James Sprenger a pedido do Papa Inocêncio VIII. O objetivo era enfrentar as conspirações **demoníacas** contra a Cristandade, praticada pelo inimigo da Igreja Católica, a **mulher**. Essa obra foi publicada pela primeira vez em 1486 e até o final do século XVIII foi o fundamento jurídico e teológico dos tribunais da Inquisição em diversos países.

Os autores afirmavam que as bruxas representavam as mulheres em estado natural. A obra foi considerada um verdadeiro Tratado de Criminologia que enviou milhares de mulheres às fogueiras da Inquisição. Aconselhava que todas as suspeitas de bruxaria fossem submetidas à tortura: se confessassem mereceriam o fogo; se não confessassem, também, pois só uma bruxa, fortalecida por influência do Demônio poderia resistir à semelhante suplício sem ceder à confissão.<sup>20</sup>

Fora da Europa, o poder colonialista legitimado por estes discursos exerceu-se sob a forma de genocídio. Os índios ignoravam os dez mandamentos, os sete sacramentos e os sete pecados capitais; não conheciam a palavra **pecado** nem temiam o **inferno**; não sabiam ler nem tinham nunca ouvido falar em direito de propriedade.<sup>21</sup> Essas características demarcavam a inferioridade dos índios e sua duvidosa humanidade, o que justificaria qualquer brutalidade contra eles.

Dessa forma, a conquista da América foi uma longa e difícil tarefa de exorcismo, eliminando a maior parte da população americana da época, desbaratando suas organizações sociais e políticas e reduzindo essas pessoas à condição de servidão e escravidão.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34.

<sup>19</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

<sup>20</sup> GALEANO, Eduardo. **Espelhos: uma história quase universal**. Tradução de Eric Nepomuceno. 2ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 115-116.

<sup>21</sup> GALEANO, Eduardo. **Espelhos: uma história quase universal**. Tradução de Eric Nepomuceno. 2ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 118.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34-35.

A exigência da mão-de-obra extrativa determinou o tráfico escravista africano, levado a cabo pelos comerciantes ingleses, franceses e holandeses, que compravam prisioneiros de toda costa da África, provocando, deste modo, a destruição das culturas pré-coloniais dos dois continentes.<sup>23</sup> Durante os séculos XVI, XVII e XVIII, este intercâmbio foi caracterizado pela troca de escravos por fuzis. Depois, durante os séculos XIX e XX, a África entregou ouro, diamantes, cobre, marfim, borracha e café, em troca do que recebia Bíblias. Trocou produtos por palavras supondo-se que a leitura da Bíblia podia facilitar a viagem dos africanos do **inferno** para o **paraíso**. Porém, a Europa se esqueceu de ensiná-los a ler.<sup>24</sup>

Finalmente, na América Latina, o estereótipo do desviante sempre se alimenta das características de homens jovens das classes mais carentes<sup>25</sup>, ou seja, pessoas que, por alguma razão, não respondem às normas vigentes e não estão afetas aos processos de controle preventivo.

Zaffaroni<sup>26</sup> adverte que o sistema penal não se trata simplesmente de um acordo externo, mas também de sério “tratamento” integrado em um complexo processo de deteriorização, cuja parte mais importante é feita pela prisão e perfeitamente legalizado através de registros de reincidência, da possibilidade de impedir ou dificultar qualquer exercício de trabalho honesto por parte das agências do sistema. A preocupação, neste caso, é propagar o *status* do criminalizado, de privar de liberdade periodicamente a pessoa, convertendo-a em um “suspeito profissional”, de tomar os antecedentes como provas de culpa, inclusive por parte dos juízes, etc.

Observa-se que os agentes do controle social desfrutam de ampla margem de discricionariedade na seleção que realizam. Nada mais errôneo que supor (como sustenta a Dogmática Penal) que, detectando um comportamento delitivo, seu autor resultará automática e inevitavelmente etiquetado. Entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração.

Desde os trabalhos pioneiros de Georg Rusche e Otto Kirchheimer<sup>27</sup>, confirmados por

---

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 35.

<sup>24</sup> GALEANO, Eduardo. **Os demônios do demônio**. Disponível em <<http://titaferreira.multiply.com/reviews/item/143>> Acesso 12 nov. 2009.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 131.

<sup>26</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 134-135.

<sup>27</sup> Ver RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

cerca de 40 estudos empíricos em uma dezena de sociedades capitalistas<sup>28</sup>, sabe-se que existe no nível societário uma estreita e positiva correlação entre a deteriorização do mercado de trabalho e o aumento da população carcerária, ao passo que não existe vínculo algum comprovado entre índice de criminalidade e índice de encarceramento.

Vera Malagutti Batista<sup>29</sup>, ao pesquisar processos do Juizado da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, e neles a posição dos juízes, promotores, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, concluiu que “todos os lapsos, metáforas, metonímias, todas as representações da juventude pobre, como suja, imoral, vadia, perigosa, formam o sistema de controle social no Brasil de hoje e informam o imaginário social para as explicações da questão da violência urbana. E talvez por isso, um dos inimigos do estado hoje seja, efetivamente, aquele um grupo de adolescentes mais vulnerável ao alcance dos direitos que o esse mesmo estado declara proporcionar de forma certa igualitária.

Por isso, Zaffaroni<sup>30</sup> defende um funcionalismo redutor como única maneira de legitimar o poder punitivo seletivo como é o que se tem. Para tanto, importante aquilo registrado por Michel Foucault<sup>31</sup> que anota necessário abandonar a ilusão de que a penalidade é, antes de tudo, uma maneira de reprimir os delitos; estudar os sistemas punitivos concretos como fenômenos sociais que não podem ser explicados pela armadura jurídica da sociedade nem por suas opções éticas primordiais, mas recolocá-los em seu campo de funcionamento onde a sanção não é o único elemento, podendo-se dizer que a definição das infrações e suas repressões são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções.

Assim, conforme a concepção contenccionista, a função do Direito Penal de todo Estado de Direito deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis, de maneira que se o Direito Penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, terá lamentavelmente fracassado, perecendo o Estado de Direito e, por via de consequência, avançado o Estado de polícia.<sup>32</sup>

O reducionismo penal pretende um Direito Penal mínimo, que no entender de Amilton

---

<sup>28</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

<sup>29</sup> BATISTA, Vera Malagutti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 120.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 88.

<sup>31</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011, p. 27/28.

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172.

Bueno de Carvalho, é um sonho dos criminalistas críticos, ao buscar uma real *ultima ratio* e não mero discurso de *ultima ratio*: “mínimo que seja mínimo mesmo e não mínimo com o discurso de mínimo para justificar o máximo, como se todo comportamento tido como ‘imoral’ merecesse ser alcançado pelas agências penais”<sup>33</sup>.

### 3. A FALSA UNIVERSALIDADE DO BEM JURÍDICO: O QUE (M) SE PRETENDE PROTEGER?

Uma das causas fundamentais da criminalização de grupos cada vez mais amplos de pessoas é, conforme Francisco Muñoz Conde<sup>34</sup>, encontrada nas próprias normas jurídicas, que manipuladas adequadamente por grupos de pressão minoritária e detentores do poder, dificultam a coexistência pacífica dos distintos sistemas de valores de uma mesma comunidade e aumentam a luta entre os sistemas dominantes e os que não o são.

Assim, ao invés de a norma penal funcionar como um instrumento motivador determinante dos comportamentos das pessoas e, diante disso, constituir um fator integrador dos diferentes grupos sociais, protegendo bens jurídicos fundamentais ao todo, possui um efeito invertido, favorecedora e até mesmo causadora da marginalização, já que, por vezes, é manipulada para proteger interesses minoritários.<sup>35</sup>

E a norma penal é instrumento para implementação dessa manipulação? Também o é. Não se pode perder de vista que se está tratando da soma dos exercícios de poder de todas as agências que operam no processo de criminalização<sup>36</sup>, ou seja, do sistema penal. Isso não quer dizer, porém, que a palavra “sistema” indica uma operação homogênea e organizada das agências de controle penal. Por vezes, estas agências invariavelmente exercem seus respectivos papéis em descompasso uma com as outras e de forma fragmentada, fato que impede conceber o “sistema penal” no sentido de organização.

Desse modo, é fundamental a contribuição da legislação penal na seleção dos bens

---

<sup>33</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 40.

<sup>34</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Função motivadora da norma penal e “marginalização”**. Revista Justitia. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986, p. 35.

<sup>35</sup> Muñoz Conde, Francisco. **Função motivadora da norma penal e “marginalização”**. Revista Justitia. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986, p. 32-33.

<sup>36</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 144.

jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a esses bens, descritos nos tipos penais, ou seja, no processo de criminalização. A criminalização primária consiste no ato de selecionar bens jurídicos relevantes que mereçam proteção impostas pelo direito penal material. Quem está encarregado de efetuar a escolha dos bens jurídicos penalmente relevantes a ponto de serem protegidos pelo Direito Penal no Brasil, ou seja, legislar sobre Direito Penal, são os deputados e senadores, enfim, o Congresso Nacional.

O problema é que, em grande medida, a legislação penal é seletiva, estigmatizante e promove a degradação na figura social de sua clientela.<sup>37</sup> E essa seleção, estigmatização e degradação ocorrem mediante as diversas formulações técnicas dos tipos penais, aliadas às espécies de conexão que eles determinam com o mecanismo das **agravantes/atenuantes e qualificadoras/privilegiadoras**.

Percebe-se, ainda, que as malhas dos tipos penais são, em geral, mais sutis no caso dos delitos próprios de “colarinho branco”. Por isso, na formulação dos tipos penais, é possível denotar um critério puramente “político” de intervenção altamente seletiva aos “inimigos políticos” e a preservação dos “amigos políticos”<sup>38</sup> mesmo que pratiquem exatamente o mesmo comportamento.

Diante disso, é possível dizer que a Legislação Penal não é expressão de um consenso geral de vontades, senão reflexo de um modo de produção e uma forma de proteção de interesses de classe, a dominante, no grupo social a que esse direito e Estado pertencem. O Direito Penal não protege por igual todos os bens relativos à que têm igual interesse todos os cidadãos; tampouco a lei penal é igual para todos os sujeitos independentemente da danosidade social e da gravidade das infrações à lei penal por eles realizadas.<sup>39</sup> Dirige-se, o sistema, à contenção de grupos bem determinados e não a “repressão de delitos”<sup>40</sup>, como declaradamente se propõe.

#### 4. A CRISE DO DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL QUANTO A SEUS OBJETIVOS DECLARADOS

Conforme o estudo das teorias funcionalistas, as funções do Direito Penal dependerão

---

<sup>37</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 26.

<sup>38</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 40.

<sup>39</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30-31.

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 40.

do paradigma funcionalista adotado. A concepção cunhada por Roxin, que trata de um funcionalismo moderado tem prevalecido no plano doutrinário ocidental.

Porém, para que o Direito Penal atinja essas funções protetoras de bens jurídicos essenciais à coexistência, deve ele estar ancorado em algumas pilastras que lhe dão sustentação. Essas pilastras revelam-se por meio de princípios de Direito Penal, quais sejam: legitimidade, bem e mal, culpabilidade, finalidade ou prevenção, igualdade e interesse social.

Para Carvalho<sup>41</sup>, a pena está desacreditada como possibilidade recuperadora do cidadão e não atemoriza ninguém. E acrescenta: a retórica da impunidade como causa da criminalidade é discurso improvado e improvável.

Zaffaroni<sup>42</sup> destaca que o sistema penal é um verdadeiro embuste, ao pretender um poder que não possui e ocultando o verdadeiro poder que exerce, de modo que se torna óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para exercer seu poder com elevado grau de arbitrariedade seletiva dirigida, evidentemente, aos setores mais vulneráveis.

Conforme o autor referido<sup>43</sup>, é bastante claro que enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos, justamente pelo esgotamento de seu arsenal de ficções gastas, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo principal signo é a morte em massa. E acrescenta o autor que não é mais possível argumentar que tal momento crítico se trata de um momento de transitoriedade, enquanto se aguarda pelo desenvolvimento progressivo.

Até porque, a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, enfim, são características estruturais, e não conjunturais, do exercício de poder de todos os sistemas penais.<sup>44</sup>

O princípio da legitimidade seria atingido justamente pela relação variável do processo de criminalização de acordo com a posição social do acusado e indica uma relatividade na prote-

---

<sup>41</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.82.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 27.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 13.

<sup>44</sup> Idem.

ção penal dos bens jurídicos.<sup>45</sup>

Já, a concepção maniqueísta dividindo a sociedade entre o bem e o mal, igualmente se desconstrói, justamente pela revisão crítica da criminologia de orientação biológica e caracterológica, de modo que evidentemente as causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológicos e naturais, nem em uma situação patológica da estrutura social.<sup>46</sup>

A negação do princípio da culpabilidade, ou seja, da responsabilidade ética individual como base do sistema penal, tem a ver com o fato de que os mecanismos de aprendizagem e de interiorização de regras e modelos de comportamento, que estão na base da delinquência e, particularmente, das carreiras criminosas, não diferem dos mecanismos de socialização através dos quais se explica o comportamento normal.<sup>47</sup>

O princípio do fim ou da prevenção é colocado em dúvida, em particular a concepção educativa da pena, uma vez que a intervenção do sistema penal, especialmente a pena privativa de liberdade, antes de ter um efeito reeducativo sobre o delinquente determina, na maior parte dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira carreira criminosa.<sup>48</sup>

Já o princípio da igualdade se mostra igualmente desconstruído, uma vez que a criminalidade é um *status* atribuído a alguns sujeitos por parte de outros sujeitos, aqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, com base em critérios ligados à estratificação social e à estrutura antagônica da sociedade.<sup>49</sup>

Igualmente deslegitimado o discurso ideológico do Direito Penal no que se refere ao princípio do interesse social ou delito natural, uma vez que a criminalidade, segundo o paradigma da reação social, é uma realidade criada através do processo de criminalização, orientado justamente por aqueles que têm interesse e poder e influir nesse processo. Enfim, os interesses protegidos pelo Direito Penal não são, evidentemente, interesses comuns a todos os cidadãos.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.50.

<sup>46</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.49.

<sup>47</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.76.

<sup>48</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.90.

<sup>49</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.113.

<sup>50</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal.

## 5. A QUESTÃO DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Dispõe o artigo 1º da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal<sup>51</sup>: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Trata o dispositivo mencionado da prevenção especial positiva, que nada mais é que a correção, reeducação, ressocialização, enfim, reintegração do condenado, termos usados indiscriminadamente como sinônimos do objetivo da pena.

Zaffaroni<sup>52</sup> acrescenta que a prevenção especial não pode consistir em qualquer constrangimento físico. Tampouco deve consistir em alguma “reeducação” ou “tratamento” que pretenda visualizar o homem como um ser carente em sentido “moral” ou “médico”, ou seja, não pode o Direito Penal de um Estado que respeita os Direitos Humanos considerar o criminalizado numa condição de inferioridade.

Para Foucault<sup>53</sup>, punir será uma arte dos efeitos quando calcular a pena não em função do crime, mas de sua possível repetição; visar não à ofensa passada, mas à desordem futura; fazer de tal forma que o malfeitor não possa ter desejo de recomeçar, nem seja possível que tenha imitadores: mais que opor a enormidade da pena à enormidade da falta, é preciso ajustar uma à outra as duas séries que seguem o crime, quais sejam, seus próprios efeitos e os da pena. Enfim, conclui o autor que “um crime sem dinastia não clama castigo”.

Foucault<sup>54</sup> destaca, ainda, que a crítica ao sistema prisional vem de longa data, tendo em vista que as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, pelo contrário: a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável ou aumenta. Ademais, a detenção provoca a reincidência, pois, depois de sair da prisão, têm-se mais chance de voltar para ela. Enfim, segundo o autor, a prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento, pois “a mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância”.

---

6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 119.

<sup>51</sup> BRASIL. **Lei Federal 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal.

<sup>52</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: parte geral, p. 96.

<sup>53</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 39ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011, p. 89.

<sup>54</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 39ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011, p. 254.

Carvalho<sup>55</sup>, ao falar da emergência da “criminalidade incontrolada”, afirma que o sistema jurídico-penal continua a acreditar que leis cruéis derrotarão a criminalidade. A crença no ideal “lei-prisão” como resposta à criminalidade carrega consequências agressivas, entre as quais: aumento acentuado das penas, criação irracional de novos tipos, penas mais severas e desproporção entre crime-castigo, endurecimento do sistema, de modo que a pena passa a ser mero castigo e retribuição. Sem contar a banalização da prisão provisória e da transformação constante de crimes em hediondos.

O autor<sup>56</sup> faz uma crítica à própria sociedade pelas condições animais das cárceres, ao mencionar que ninguém se sente responsável: todos estão convencidos de que estão apenas a cumprir ordens, desde o acusador cumprindo seu dever de denunciar, passando pelo juiz, que apenas está cumprindo a lei, nada tendo ele com a execução, culminando no carcereiro e no próprio Estado, tido como mera abstração, acusado de não cumprir suas obrigações legais pelo próprio Estado.

Servir-se da prisão como um aspirador social para limpar as escórias produzidas pelas transformações econômicas em andamento, e remover os rejeitos da sociedade de mercado do espaço público, quais sejam, delinquentes ocasionais, desempregados e indigentes, pessoas sem-teto e imigrantes sem documentos, toxicômanos, deficientes e doentes mentais deixados de lado em razão da displicência da própria rede de saúde e assistência social, além de jovens de origem popular, condenados a uma vida de empregos marginais e de pequenos ilícitos, segundo Loïc Wacquant<sup>57</sup>, é uma aberração, no sentido estrito do termo, um erro de julgamento do sistema político e penal. Enfim, o recurso automático do encarceramento para debelar as desordens humanas é um remédio que, em muitos casos, só faz agravar o mal que supostamente curaria.

Luigi Ferrajoli<sup>58</sup> chega a propor a abolição da pena carcerária, ressaltando que a privação da liberdade já não parece idônea, para não dizer desnecessária, para satisfazer as razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção de delitos, considerado o caráter criminógeno das prisões, hoje destinadas a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção da vingança privada, atualmente satisfeita bem mais pela rapidez dos processos e publicidade das condenações, que pela expiação da prisão.

---

<sup>55</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 44.

<sup>56</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 125.

<sup>57</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 455.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.330.

Ressalta-se, neste sentido, que a história penal mostra que em nenhum momento e em nenhuma sociedade, a prisão soube cumprir a sua suposta missão de recuperação e de reintegração sociais, numa perspectiva de redução da reincidência. Sem contar que o próprio sistema penitenciário, desde a arquitetura das instalações, passando pela indigência dos recursos institucionais e a falta de medidas concretas de ajuda no momento em que o preso é libertado se opõe a suposta função de reformar o detento.<sup>59</sup>

Para Carvalho<sup>60</sup>, o discurso mais recorrente como justificador da existência do cárcere, é o de que ele que procura recuperar o humano que tenha sido condenado pela prática de um ato que, em certo momento histórico, é tipificado como crime, importando somente que esteja tipificado. Neste caso, como bem registrou Nietzsche, “só se podem elevar os homens que não tratamos com desprezo; o desprezo moral é um aviltamento e um prejuízo maior do que qualquer crime”.

## 6. A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO INSTRUMENTO (I) LEGÍTIMO DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

Partindo da premissa de que o Direito Penal não atemoriza, pois sua existência não tem evitado crimes, além da promessa de ressocialização ou recuperação jamais ter se concretizado, urge sua desbanalização, com a redução do seu alcance drasticamente.<sup>61</sup>

Na esfera dos direitos da criança e do adolescente, resguardados pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>62</sup>, pode-se por analogia dizer que permanece no senso comum o paradigma da criminologia positivista, que já deveria ter dado lugar a um genuíno Direito Infractional, baseado em garantias constitucionais.

Ocorre que, na prática, tem-se aplicado um verdadeiro “direito penal juvenil” baseado na cultura higienista e seletiva do revogado Código de Menores. Segundo Vera Malaguti Batista<sup>63</sup>,

---

<sup>59</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.459.

<sup>60</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 107.

<sup>61</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.46.

<sup>62</sup> BRASIL. **Lei Federal 8.069, de 13/07/1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

<sup>63</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 69.

é justamente a partir da época do sistema menorista (anos 1920) que a palavra **menor** passa a associar, definitivamente, crianças pobres, a serem tuteladas pelo Estado, para a preservação da ordem e asseguramento da modernização capitalista.

Batista relembra do sistema conhecido como SAM – Serviço de Assistência ao Menor, que existiu nos anos 1930 a 1945, de onde surge a ideia de “orientação profissional” como parte do processo de recuperação de adolescentes, de modo que o ensino profissionalizante parece ser a única alternativa da juventude pobre: aspirar à integração por baixo no mercado de trabalho é a única perspectiva possível.<sup>64</sup>

Já a Doutrina da Segurança Nacional trazida pelo Golpe Militar de 1964 traz com o novo código menorista, segundo Batista<sup>65</sup>, a cultura da “situação irregular”, como um estado de patologia social, sendo um dos eixos desse sistema o não reconhecimento do menor como pessoa, mas como um sujeito a ser tutelado.

De fato, os adolescentes não são verdadeiramente reconhecidos como sujeitos de direito, mas sim, como sujeitos a serem tutelados pelo Estado, em sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, conforme estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Doutrina da Proteção Integral.

Segundo Alexandre Morais da Rosa, ainda é priorizada pelos juízes, arraigados à visão menorista anterior, a medida de internação, até pela pouca compreensão existente de que as medidas socioeducativas têm avançado no sentido de atender ao discurso oficial de oportunizar condições de reflexão e amadurecimento sobre condutas contrárias ao convívio social. Fica evidente o olhar seletivo determinando maior punição aos adolescentes provenientes das periferias, e a remissão aos “filhos da classe média”, de modo a fortalecer o sistema punitivo e ferindo a proposta avançada e afinada com os direitos humanos pretendida no Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>66</sup>

Conforme já se verificou no decorrer deste estudo, a lei determina qual conduta é considerada crime, ficando a cargo das agências de poder do sistema penal dizer quem é o criminalizado. O discurso repressor se aproxima do Direito Infracional, na perspectiva de apontar tecnicamente quem é o desviante, bem como prescrever o tratamento ao “anormal”, entendido como criminoso/infrator e, numa sociedade à margem do capitalismo, todos os que pretensamen-

---

<sup>64</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 72.

<sup>65</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 79.

<sup>66</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011p. 20.

te prejudicam essa engrenagem (mendigos, ébrios, vadios, que não estudam etc). Surge então, a diferenciação: para o rico, tratamento; para o pobre, exclusão.<sup>67</sup>

Mário Luiz Ramidoff<sup>68</sup> ressalta os sistemas de garantias trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo de atendimento das novas exigências sociais, identificação dos novos sujeitos de direito, estabelecimento de proteções diferenciadas, asseguramento de toda sorte de preconceito, exploração, abandono e negligência.

Desta forma, não se pode tratar o Direito Infracional como sinônimo de Direito Penal Juvenil, muito menos pretender estender os efeitos do Direito Penal aos adolescentes, justamente por se tratar de uma justiça especializada baseada na sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, com objetivo jurídico-protetivo de assegurar os direitos afetos à criança e ao adolescente, por meio do “sistema de garantias”, que não deve guardar nenhuma relação com outros sistemas.<sup>69</sup>

Essa perigosa aproximação teórico-pragmática com a ideologia do sistema penal busca legitimar a ressignificação punitiva e repressora, ou seja, limitação, castigo, dor, dos comportamentos e medidas legais a serem aplicadas. Filiar-se aos ditames da racionalidade da dogmática do Direito Penal e a todo seu discurso deslegitimado, seria, portanto, um retrocesso ideológico ao menorismo.<sup>70</sup>

As proposições legislativas de redução da maioria penal constituem-se num retrocesso político ideológico, visto que a idade da imputabilidade penal é fruto de avanços civilizatórios e humanitários democraticamente alcançados. Assim, a idade da maioria penal demanda superação de conjecturas comportamentais que são delimitadas a partir da prática do ato infracional. O exercício da cidadania dos jovens depende muito mais do respeito de todos do que simplesmente de mais castigo (punição).<sup>71</sup>

Baratta<sup>72</sup> menciona que o sistema dos direitos das crianças e dos adolescentes foi con-

---

<sup>67</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 23.

<sup>68</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 45.

<sup>69</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 47.

<sup>70</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 47.

<sup>71</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 194.

<sup>72</sup> BARATTA, Alessandro. **Prefácio**. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 30.

duzido, até o momento, por duas emergências: a emergência do risco-abandono e a emergência criminal. Em consequência, prevaleceram políticas públicas de resposta contingencial a essas urgências, e não políticas públicas básicas.

Assim, não é verdade que a resposta protetiva à emergência risco-abandono é o alibi para a resposta repressiva à emergência criminal; segundo Baratta<sup>73</sup>, é verdade que ambas as respostas emergenciais são a desculpa da opinião pública e das instituições para as graves deficiências das políticas públicas de base. Infelizmente, é com base nas políticas públicas emergenciais em que tem se ancorado o legislador para justificar disparates como a redução da maioridade penal.

Analisadas as teorias funcionalistas do Direito Penal, não se pode perder de vista que o processo de criminalização recruta de maneira desigual a população criminal. Enfim, a redução da idade penal causará, por meio da criminalização primária, a antecipação das mais diversas formas dissimuladas de isolamento social, senão do próprio encarceramento que consubstancia-se no desfecho final de um amplo processo de estigmatização da juventude brasileira.<sup>74</sup>

A promoção dos direitos afetos à infância e adolescência impõe uma permanente reflexão sobre o conteúdo ideológico das normas jurídicas, impedindo que o discurso jurídico-penal, deslegitimado com relação aos adultos incluídos no sistema penal, atinja com suas injustiças os adolescentes abarcados pelo Direito Infracional.<sup>75</sup>

Rosa<sup>76</sup> propõe um Direito Infracional mínimo, partindo da premissa de que, se o Direito Penal, como *ultima ratio*, ou seja, como último recurso democrático perante a vergonhosa história das penas, e das medidas socioeducativas, estariam justificados os custos com as medidas socioeducativas nos casos em que os efeitos lesivos das condutas possam justificá-los.

Acrescenta Rosa<sup>77</sup>, que a impunidade tem sido a principal bandeira utilizada pelo exército contrário ao Estatuto e favorável à redução da maioridade penal, sem informar ao grande público que impunes já são muitos outros, os adultos, não atingidos igualmente pelo sistema penal.

Não se podem considerar impunes aqueles que cumprem as medidas socioeducativas

---

<sup>73</sup> BARATTA, Alessandro. **Prefácio.** In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 30.

<sup>74</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente:** ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2011, p. 197.

<sup>75</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente:** ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2011, p. 197.

<sup>76</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional:** princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 235.

<sup>77</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional:** princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 320.

em condições hoje iguais ou piores que a própria pena carcerária. Questões de terminologia ou a natureza do ato infracional são irrelevantes quando não se preserva aos adolescentes uma responsabilização diferenciada daquela aplicada aos adultos, nos moldes garantidos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal.<sup>78</sup>

Em suma: as premissas ideológicas do Direito Penal não alcançam seus objetivos declarados por meio do sistema penal, dado o fator criminógeno e distante da ressocialização do condenado. O discurso seletivo-positivista está inculcado na mente do legislador e também na do juiz, embora a evidente deslegitimação do discurso jurídico-penal pelas concepções criminológicas com visão crítica já não seja nenhuma novidade.

Da mesma forma, os adolescentes ainda são submetidos à cultura menorista e higienista que, na prática, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não conseguiu superar. A urgência da criminalidade não pode alicerçar alterações legislativas a ponto de suprimir direitos conquistados democraticamente, em especial a Doutrina da Proteção Integral que informa serem os adolescentes sujeitos em condição especial de desenvolvimento.

De fato, colocar os adolescentes ao alcance do falido sistema penal é aumentar o poder do Estado no uso de seu aspirador de limpeza social. O Direito Penal não previne crimes e não ressocializa condenados. Certamente não o fará aumentando o alcance de sua clientela com a redução da maioria penal.

Encerra-se o presente estudo com o pensamento de Galeano<sup>79</sup>, que choca pela verdade e crueza e bem resume tudo que foi tratado até aqui:

Num mundo que prefere a segurança à Justiça, há cada vez mais gente que aplaude o sacrifício da Justiça no altar da segurança. Nas ruas das cidades são celebradas as cerimônias. Cada vez que um delinquente cai varado de balas, a sociedade sente um alívio na doença que a atormenta. A morte de cada malvivo surte efeitos farmacêuticos sobre os bem-viventes. A palavra *farmácia* vem de *phármakos*, o nome que os gregos davam às vítimas humanas nos sacrifícios oferecidos aos deuses nos tempos de crise.

---

<sup>78</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional:** princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 324.

<sup>79</sup> GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar:** a escola do mundo ao avesso. Trad, Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 81.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, intitulado “O Direito Penal e o controle de violência juvenil: uma análise a partir das teorias funcionalistas”, verificou-se que o Direito Penal não é um instrumento legítimo para contenção da criminalidade juvenil, de modo que se torna sem razão a redução da maioridade penal.

Isso porque o Sistema Penal em que o Direito está inserido produz efeitos altamente prejudiciais a todo corpo social, pelo que sua presença somente se justificaria em situações realmente excepcionais.

Como visto, prevalece no âmbito doutrinário o discurso do Direito Penal como verdadeiro instrumento protetor de bens jurídicos, nos termos da concepção funcionalista moderada de Roxin. Contudo, o que ocorre na prática é a utilização do Direito Penal pelo Estado para selecionar determinadas pessoas, a despeito da impunidade de uma minoria de privilegiados.

A busca de uma realidade baseada concepção reducionista de Zaffaroni, enfim, ancorada numa criminologia de visão crítica, resultaria num direito penal apto a legitimar essa seletividade que lhe é inerente.

Ao contrário da propalada função protetora sustentada pelo sistema penal, verificou-se que o Direito Penal promove uma seleção de determinados crimes, que serão praticados por determinados grupos de pessoas. Nota-se uma discricionariedade ampla dos agentes de controle do Estado, pois grupos privilegiados da sociedade simplesmente não são atingidos por esta seleção, mitigando-se o princípio da igualdade, que informa que a lei penal é igual para todos.

Nesse aspecto denota-se que a norma penal não funciona como um instrumento motivador determinante dos comportamentos das pessoas, mas, ao contrário, favorece e até mesmo causa mais marginalização, pois, conforme visto neste trabalho, a Legislação Penal é seletiva e estigmatizante. Afinal, esta não expressa um consenso de vontades, mas reflete o interesse da classe dominante. Não protege igualmente todos os bens a que têm interesse todos os cidadãos.

Enfim, destacou-se que o sistema penal é um verdadeiro embuste, ao pretender, um poder que não possui e ocultando o verdadeiro poder que exerce, evidenciando-se que o sistema penal está estruturalmente montado para se retroalimentar. Ademais, a pena, objetivo último do sistema, conforme visto, não ressocializa, não reeduca, enfim, não reintegra o condenado.

Ainda que se acredite no ideal “lei-prisão” como solução à emergência da criminalidade,

o que ocorre são consequências agressivas, entre as quais: aumento acentuado das penas, criação irracional de novos tipos, penas mais severas e desproporção entre crime-castigo, endurecimento do sistema, de modo que a pena passa a ser mero castigo e retribuição. Isso sem mencionar as condições inaceitáveis das prisões, que só agravam o mal que supostamente se curaria com o encarceramento.

Se o Direito Penal não evita crimes nem cumpre sua promessa de ressocialização ou recuperação dos condenados à privação de liberdade, necessária a redução do seu alcance conforme propõe o funcionalismo contencionista.

Dessa forma, relacionando-se tais incapacidades ao público juvenil, qualquer proposta legislativa de redução da maioridade penal seria um retrocesso, pois culminaria na inclusão num sistema falido os adolescentes sem considerar sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, concluindo-se que qualquer aproximação do Direito Penal desses sujeitos protegidos será ofensiva à conquista de direitos humanos elementares da Doutrina da Proteção Integral.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Prefácio**. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUSATO, Paulo César; BASSO, Stephan Nascimento. **Funções e Missões do Direito Penal**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Fundamentos de Direito Penal (Direito Penal baseado em casos)**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05/10/1988.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal 8.069, de 13/07/1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas:** algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

CHAVES JUNIOR, Airto; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **A miséria atrás das grades:** a produção da criminalidade a partir da seletividade da norma penal. *In Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 12- Março 2009.*

DOURADO, Kamilla. **Portal R7 Notícias.** Mais de 90% da população aprova a redução da maioridade penal. Matéria veiculada em 11/6/2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 39ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar:** a escola do mundo ao avesso. Trad, Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GALEANO, Eduardo. **Espelhos:** uma história quase universal. Tradução de Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2009.

\_\_\_\_\_. **Os demônios do demônio.** Disponível em <<http://titaferreira.multiply.com/reviews/item/143>> Acesso 12 nov. 2009.

GRECO, Luís, “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Biblioteca Cláudio Guimarães. Obra nº 960. Julho – agosto de 2004. Ano 12, p. 89-90.

GRECO, Luiz Felipe. Funcionalismo Penal. **Dicionário de Filosofia do Direito.** Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do Direito Penal. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras.** Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción las bases Del Derecho Penal.** Montevideo: Julio César Faire Editor, 2003.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Função motivadora da norma penal e “marginalização”**. Revista Justitia. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986.
- \_\_\_\_\_. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo**. 4ª ed. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 66-68.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. V. 1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- \_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

# A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA IMPLANTAÇÃO NO BRASIL

---

*Por Camila Ungar João*



# A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA IMPLANTAÇÃO NO BRASIL

*Camila Ungar João*

*(Bacharel em Direito pela PUC-SP. Advogada colaboradora da Defensoria Pública da  
União)*

*Eloisa de Sousa Arruda*

*(Mestre em Direito Processual Penal e doutora em Direito Penal pela PUC-SP. Professora  
e Chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da PUC-SP. Procuradora de Justiça,  
ocupando atualmente o cargo de Secretária da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo)*

## RESUMO

A proposta da justiça restaurativa se apresenta como uma forma de alternativa à justiça meramente retributiva. A pena de prisão, principal forma de controle social do Estado, vem sofrendo um desvirtuamento em seu caráter ressocializador, tendo em vista as superlotações carcerárias e as condições materiais e humanas que envolvem as prisões gerando mais violência e desrespeito aos direitos civis, restando prejudicada, portanto, sua finalidade preventiva. Assim, objetiva-se, com este artigo, analisar o modelo de justiça restaurativa, apontando suas diferenças com o modelo de justiça atual, qual seja, o retributivo, bem como apontar possíveis soluções para que ambos os modelos possam se complementar ao invés de se excluírem. Para tanto, partiu-se tanto de um ponto de vista puramente teórico quanto de experiências restaurativas no âmbito nacional e internacional. Fez-se uma crítica ao Projeto de Lei nº 7006/06. Tal crítica é necessária, pois o Projeto de Lei apresenta diversos dispositivos que podem comprometer a eficácia da justiça restaurativa, uma vez implantada.

**Palavras-chaves:** Justiça Restaurativa. Processo Restaurativo. Partes. Facilitador.

## ABSTRACT

The purpose of restorative justice presents itself as an alternative way to mere retributive justice. The prison sentence, the most adopted form by the State social control, has been passed by a distortion of its re-socializing feature, since prisons have been overcrowded, and they reveal how both material and human conditions surrounding prisons generate even more violence and disrespect towards civil rights, rendering considerable damages to its main preventive ground. Therefore, this paper aims to analyze a restorative justice model, reinforcing its differences when compared to the contemporary justice model, that is, the retributive one, as well as indicate possible solutions in a way both models can complement each other instead of confronting each other. Therefore, the starting point was purely theoretical regarding restorative experiments in national and international contexts. The Bill of Law 7006/06 has been criticized, since it presents several devices that might compromise the efficacy of restorative justice, if implemented.

**Keywords:** Restorative Justice. Restorative Process. Parties. Facilitator.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. JUSTIÇA RESTAURATIVA 2.1 Ecloração da justiça restaurativa 2.2 Princípios da justiça restaurativa: Resolução 2002/12 das Nações Unidas 2.2.1 Uso de Termos 2.2.2 Uso dos programas de Justiça Restaurativa 2.3 Justiça Retributiva em contraposição à Justiça Restaurativa 2.4 Modalidades de práticas restaurativas e algumas experiências 2.4.1 Mediação entre vítima e ofensor 2.4.2 Conferências de Família 2.4.3 Círculos Restaurativos 3. IMPLANTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL 3.1 Breve Histórico 3.2 Críticas ao Projeto de Lei nº 7006/06 4. CONCLUSÃO 5. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Frente à atual crise do sistema de justiça criminal, compreendida por sua falta de legitimidade e de eficiência no que tange à redução da conflitualidade social, em conjunto com outros fatores, tais como a crescente violência social e o desrespeito aos direitos civis, a exemplo das superlotações carcerárias, impõe-se a reestruturação do presente sistema penal brasileiro, com a busca de alternativas à imediata resposta vingativa do Estado dada ao delito, fundada em um paradigma punitivo.

A proposta da justiça restaurativa se apresenta neste contexto, como uma forma de alternativa à justiça meramente retributiva.

Objetiva-se, com este artigo, explanar a respeito da conceituação aberta de justiça restaurativa, tratando de suas concepções fundamentais; examinar os seus princípios básicos, encontrados na Resolução 2002/12 das Nações Unidas, que orienta a respeito da implantação da justiça restaurativa, definindo o que é um programa, um processo e um resultado restaurativos. Dar-se-á enfoque tanto ao plano teórico quanto ao prático, a partir da análise de experiências restaurativas no âmbito nacional e internacional. Faz-se pertinente, também, a discussão acerca das críticas feitas ao Projeto de Lei nº 7006/06, que busca introduzir a justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. JUSTIÇA RESTAURATIVA

Segundo definição da ONU, a justiça restaurativa é um processo por meio do qual todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa se reúnem para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro. No entanto, dado o seu caráter prático e os diferentes modos em que a justiça restaurativa é aplicada em diversos países, tal conceito deve ser visto tão somente como um marco inicial para novas formulações palpadas em experiências restaurativas. Assim, trata-se de um conceito aberto e fluido, eis que nesse período de existência, o modelo restaurativo vem sendo modificado constantemente, conforme os interesses e possibilidades de cada sistema jurídico.

## 2.1 Eclosão da justiça restaurativa

A eclosão da justiça restaurativa aconteceu nos anos 90 quando, com a influência dos ideais do abolicionismo e da vitimologia, o tema voltou a gerar interesse aos pesquisadores, que buscavam uma alternativa aos problemas do sistema penal. Dessa forma, o modelo de justiça restaurativa, de inspiração teórica anglo-saxônica, ganha força nos Estados Unidos com John Braithwaite<sup>1</sup>, e logo é difundido pelo continente europeu. Importante fazer uma breve referência ao fato de que, embora a explosão da justiça restaurativa só tenha ocorrido na década de 90, seus valores e práticas existem há séculos. O modelo restaurativo tem origem nos tradicionais métodos aborígenes de resolução de conflitos, com o envolvimento comunitário e a implementação de soluções holísticas<sup>2</sup>.

Contudo, no que tange à elaboração de um modelo de justiça restaurativa, que não se confunde com suas práticas primitivas, Braithwaite<sup>3</sup> teve suas ideias muito comparadas com a dos abolicionistas e dos adeptos da vitimologia.

## 2.2 Princípios da justiça restaurativa: Resolução 2002/12 das Nações Unidas

Desde o fim dos anos 90, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Conselho Social e Econômico (ECOSOC), passou a recomendar a adoção da justiça restaurativa pelos Estados-membros. O marco inicial da justiça restaurativa na ONU foi a Resolução 1999/26, de 28/07/99, que dispôs sobre “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, na qual o Conselho requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal que considerasse a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa. Em seguida, sobreveio a Resolução 2000/14, de 27/07/00, reafirmando a importância dessa tarefa. Por fim, com a Resolução 2002/12, de 24/07/02 (NAÇÕES UNIDAS, 2011), foram incorporados os princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.

Ressalta-se que tais princípios são referência internacional no âmbito da regulamentação

<sup>1</sup> BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. Nova Iorque: Oxford, 2002.

<sup>2</sup> SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

<sup>3</sup> BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. Nova Iorque: Oxford, 2002.

da justiça restaurativa, servindo como um guia para os países que vierem a implantá-la. Isto posto, passaremos a análise dos seus principais princípios.

### **2.2.1 *Uso de Termos***

Inicialmente é definido o que é um programa de justiça restaurativa: “significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos”<sup>4</sup> E segue com a definição de processo restaurativo:

qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime.<sup>5</sup>

Ou seja, no processo restaurativo ocorre o empoderamento das partes, que passam a ter papel de destaque no processo, na medida em que decidem conjuntamente como se dará a resolução do conflito. Mesma importância é conferida ao facilitador (termo concernente ao terceiro imparcial nas conferências e círculos restaurativos), eis que ele também serve como fiscal desse empoderamento conferido às partes, a fim de evitar abusos no processo restaurativo.

No que concerne a um resultado restaurativo, este significa: “um acordo construído no processo restaurativo. (...) incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário”<sup>6</sup>. Percebe-se que o resultado acordado entre as partes não está adstrito necessariamente ao ressarcimento econômico pelo dano causado. A reparação deve ter um alcance amplo, podendo ser feita por meio de um pedido de desculpas, prestação de serviços à comunidade, entre outros meios. Muitas vezes o dano sofrido pela vítima é de ordem emocional, assim sendo, qualquer tipo de reparação, desde que não seja mais gravosa ao ofensor do que seria pelo sistema penal comum deve ser visto sem preconceitos, exigindo-se apenas que o acordo esteja pautado em uma boa comunicação entre as partes.

---

<sup>4</sup> NAÇÕES UNIDAS. ECOSOC Resolution 2002/12: Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. p. 3 Disponível em <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2011.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

Partes, segundo a Resolução, “significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que possam estar envolvidos em um processo restaurativo.”<sup>7</sup> Salienta-se que a comunidade também participa do processo restaurativo, uma vez em que seus membros são entendidos como vítimas secundárias do delito cometido, eis que sofreram o impacto do crime, podendo ser membros da família (tanto da vítima quanto do ofensor), amigos, comunidade, etc.

Por fim, facilitador, é definido como “uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.”<sup>8</sup>

### ***2.2.2 Uso dos programas de Justiça Restaurativa***

Em relação aos programas de justiça restaurativa estes “podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional”<sup>9</sup>. Isso mostra a amplitude de sua aplicação, visto que ela pode ser utilizada em diversos momentos do processo criminal. Ainda os processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor. Prevê, ainda, que a vítima e o ofensor devem consentir livre e voluntariamente em participar do processo restaurativo e que tal consentimento pode ser revogado a qualquer tempo. Ademais, os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais. A vítima e o ofensor:

devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior”.

Com isso, é assegurada a presunção da inocência caso o processo retorne ao procedimento criminal comum, o que pode acontecer, por exemplo, se o ofensor não cumprir o acordo ou se

---

<sup>7</sup> NAÇÕES UNIDAS. ECOSOC Resolution 2002/12: Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. p. 3 Disponível em <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2011.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Idem.

alguma das partes vier a desistir do processo restaurativo.

Caso as disparidades entre as partes impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais, tais fatores devem ser levados em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo. Percebe-se, portanto, a necessidade de que o facilitador seja um terceiro imparcial, para que se assegure a validade do processo, eis que ele é o responsável por impedir que o empoderamento de uma das partes aniquile o da outra, o que representaria uma verdadeira afronta aos valores e princípios restaurativos. Não é de sua competência decidir qual é a melhor resolução para o caso, cabendo-lhe, apenas, capacitar as partes a encontrar um modo adequado para resolver o conflito. Dessa forma, a voluntariedade é, sem dúvida, um dos princípios fundamentais da justiça restaurativa.

As partes, antes de concordarem em participar do processo restaurativo, deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, sobre a natureza do processo e ainda sobre as possíveis consequências de sua decisão e nem a vítima e nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo.

Outro princípio é o da confidencialidade das discussões abordadas nos processos restaurativos, segundo o qual tais conversas não serão públicas e não deverão ser divulgadas, a não ser que as partes assim consentam ou que a lei determine.

A proibição do *no bis in idem* está patente no item 15 da Resolução, que trata da supervisão dos acordos restaurativos pelo Poder Judiciário e sua incorporação às decisões e sentenças judiciais. Assim, os acordos estabelecidos devem ter a mesma força de uma sentença judicial e fazer coisa julgada, de modo a impedir que o ofensor seja processado criminalmente pelo mesmo delito. Se no bojo do processo restaurativo não se alcançar um acordo, o caso retornará ao procedimento penal e o juiz não poderá utilizar tal fato como agravante da pena.

O item 17 trata dos casos de descumprimento de acordos restaurativos. Caso o acordo seja descumprido, o caso deverá voltar ao processo restaurativo ou, se assim dispuser a lei, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito.

Ainda quanto ao facilitador prevê que estes “devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes.”, “devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas.”

## 2.3 Justiça Retributiva em contraposição à Justiça Restaurativa

Para o advogado norte-americano Howard Zehr<sup>10</sup>, um dos principais teóricos da justiça restaurativa, é necessário que mudemos a lente retributiva pela qual enxergamos o crime e a justiça por uma nova lente, restaurativa, a fim de que seja construído um novo paradigma. De fato, a construção de um novo paradigma consome tempo e exige que se rompam diversos preconceitos intrínsecos à sociedade de uma forma geral.

Sem embargo, as distinções feitas pelo autor entre as lentes retributiva e restaurativa, quanto às formas de ver o crime, a responsabilidade e a justiça, são marcos no estudo da justiça restaurativa, indispensáveis à sua compreensão. Cumpre analisar, portanto, as principais proposições formuladas pelo autor.

Segundo o seu entendimento, na justiça retributiva o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas. Na justiça restaurativa, por sua vez, o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.

No que tange ao modo em que o crime é visto na justiça retributiva, este é definido pela violação da lei, sendo entendido como um ato contra a sociedade. Com isso, o Estado, em seu papel de defensor do interesse público e representando toda a coletividade, coloca-se na condição de vítima, monopolizando o direito de punir. Uma vez em que o crime é visto como uma violação contra o Estado, e não contra a vítima primária, o foco não está nos danos causados à vítima real, que é negligenciada no processo penal e muitas vezes não tem suas necessidades atendidas, e sim na punição que deve ser imposta ao ofensor, que violou a lei, a fim de se fazer “justiça”.

Na justiça restaurativa, ao contrário, o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Violação de pessoas no sentido em que, na maioria das vezes, a prática de um crime viola direito de outrem, sendo certo que para as vítimas se trata de uma violação pessoal, mesmo quando o dano foi meramente patrimonial. A violação de relacionamentos, por sua vez, ocorre porque o crime afeta nossa confiança no outro, trazendo sentimentos de suspeita e estranheza, por vezes racismo, afetando nosso relacionamento com todos à nossa volta. De fato, essa modalidade de violação causada pelo crime pode ser facilmente compreendida por quem vive nos grandes aglomerados

---

<sup>10</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: Um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

urbanos, marcados pela violência e insegurança social. Para Zehr<sup>11</sup>, portanto, há que se levarem em conta os dois vieses do crime: o da violação contra o indivíduo, a vítima real, e o da violação contra a sociedade.

O que o direito penal faz, ao responder ao crime, é partir da segunda premissa, excluindo a primeira. O que a justiça restaurativa defende, é que o crime não é primeiramente uma ofensa contra a sociedade, muito menos contra o Estado, e sim uma ofensa contra as pessoas, e é delas que se deve partir.

Outra distinção a ser feita diz respeito às consequências decorrentes do cometimento de um crime. Enquanto para a justiça retributiva o crime gera culpa, e a resposta do Estado é a punição, entendida como a imputação de dor ao ofensor por meio da imposição de penas, sobretudo a de prisão, para a justiça restaurativa o crime gera obrigações e responsabilidade ao ofensor, que deve reparar o dano causado à vítima.

Trata-se do restabelecimento de um equilíbrio. Para a justiça penal este se restaura com a retribuição (o ofensor deve “pagar” o mal cometido por meio da sua punição); para a justiça restaurativa, com a reparação (o ofensor deve corrigir o seu erro). A justiça restaurativa, ao contrário do que muitos sustentam, “não é uma alternativa à punição, mas uma forma alternativa de punição.”<sup>12</sup>

Tal punição, contudo, não é imposta com intenção punitiva tal como ocorre com a justiça penal. Ela deve ser compreendida dentro do processo de auto-responsabilização do ofensor, que por si só pode ser muito doloroso. Não se trata, portanto, de lhe impor dor pelo mal cometido, e sim de permitir que ele sinta o sofrimento inerente ao seu próprio arrependimento.

Sobre o tema, Zehr<sup>13</sup> “assevera que o facilitador pode pedir ao ofensor que aceite a obrigação de corrigir o mal, ou incentivá-lo fortemente a assumir a responsabilidade e encarar suas vítimas. Não pode, contudo, lhe impor tal obrigação. Caso o ofensor não se responsabilize pelo delito e não tenha a intenção de reparar os danos, caberá à justiça penal resolver o caso”<sup>14</sup>. Desse modo, a voluntariedade é um dos princípios fundamentais da justiça restaurativa e sua aplicação na justiça restaurativa tem apresentado resultados positivos quanto à diminuição da reincidência.

---

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> ROCHE, Declan. **Retribution and restorative justice**. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (Ed). Handbook of Restorative Justice. Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 83.

<sup>13</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: Um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

<sup>14</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: Um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 187.

## 2.4 Modalidades de práticas restaurativas e algumas experiências

A justiça restaurativa possui um conceito aberto, fluido, sendo certo que, para que uma prática seja considerada restaurativa, ela deve estar balizada pelos valores e princípios restaurativos. Dadas as diferenças sóciojurídicas e culturais entre os países, tem-se conhecimento da adoção de diferentes práticas restaurativas pelos países que implantaram a justiça restaurativa em seus ordenamentos jurídicos ou que ainda estão em fase experimental, tal como ocorre no Brasil. Dessa forma, não cabe analisar neste trabalho todas as modalidades de práticas restaurativas existentes, e sim as mais utilizadas e conhecidas.

### 2.4.1 *Mediação entre vítima e ofensor*

A mediação, além de ser uma das práticas restaurativas mais adotadas, também é a que possui mais tempo de aplicação. Como salienta Pallamolla<sup>15</sup>, sua utilização excede vinte anos em alguns países, a exemplo dos EUA, Canadá e Europa.

No processo de mediação aplicado à esfera criminal, busca-se o diálogo entre as partes, para que o ofensor entenda o impacto que o delito causou na vítima e possa por ele se responsabilizar. A vítima, por sua vez, tem a chance de entender as causas do delito, o que muitas vezes contribui para que o ofensor não seja por ela estigmatizado. Objetiva-se a elaboração pelas partes de um acordo no qual o ofensor repare a vítima do dano por ele causado, seja material ou simbolicamente.

A mediação apresenta uma série de benefícios não contemplados pela justiça penal tradicional. Fomenta-se o diálogo entre as partes, dando-se espaço para que elas expressem suas impressões acerca do delito, bem com suas implicações. Busca-se um meio de se reparar as necessidades da vítima de forma a se restabelecer o equilíbrio. Ademais, Pallamolla mostra que pesquisas apontam “que tanto vítimas quanto ofensores que passaram por processos de mediação mostraram-se mais satisfeitos com o processo e com o resultado do que outros que passaram pelo processo tradicional da justiça criminal.”<sup>16</sup>

<sup>15</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. (Monografias, 52)

<sup>16</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 111. (Monografias, 52)

Como exemplo prático de aplicação da mediação na justiça penal, podemos apontar o “*Programa de mediación y reparación en la jurisdicción penal*”, criado em 1998 pelo Departamento de Justiça do Governo da Catalunha (atual Departamento de Justiça e Interior), tratando-se de um programa piloto no âmbito do direito penal de adultos na Espanha. A experiência foi avaliada como positiva desde o seu início, motivo pelo qual o Departamento de Justiça e Interior se comprometeu a continuar promovendo-a.

Nas palavras de Alejandro Guimerà i Galiana<sup>17</sup>, da Universidad Autónoma de Barcelona:

*La tarea del programa de mediación-reparación en la jurisdicción penal en adultos se ha centrado en intentar resolver el conflicto de fondo generado por el delito (o generador de éste) enfrentando a las víctimas con los autores de los hechos, conducido por un mediador imparcial, y mediante la vía del diálogo. Este proceso sólo es posible con la participación voluntaria de las partes y pretende concluir con la firma de unos acuerdos que incluyan formas de reparación del daño ocasionado a la víctima por el delito, cosa que no siempre sucede.*

A mediação, no sistema espanhol, tem lugar em qualquer momento do processo judicial, inclusive na fase de execução. Quanto ao procedimento de mediação, podem solicitar o seu início tanto a vítima e o autor, como outros interessados, a exemplo da autoridade judicial, do Ministério Público e dos advogados das partes.

Conforme o Princípio “*el límite lo fijan las partes*”, afirma Galiana<sup>18</sup>:

não existe nenhum tipo de limite ao que se refere a gravidade do delito, tipo do dano ou número de afetados, cabendo às partes que decidam até aonde estão dispostas a abordar o conflito e a reparar e ser reparadas.

A voluntariedade das partes concernente ao procedimento de mediação faz-se essencial. No que se refere às vítimas menores ou incapazes, é necessário o consentimento expresso de seus representantes legais. Após a fase de pré-mediação, na qual há uma entrevista individual com as partes, deve o responsável avaliar se é o caso de encaminhar o conflito para a mediação. Deverá analisar critérios como se de fato há um conflito e sua correspondente dimensão, se a mediação será prejudicial a alguma das partes, a intenção das partes de se respeitarem durante o procedimento, entre outros.

---

<sup>17</sup> GALIANA, Alejandro Guimerà i. **La Mediación-Reparación en el derecho penal de adultos**: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya. Revista Española de Investigación Criminológica. Disponível em:< <http://www.criminologia.net>> Acesso em 11 mai. 2011.

<sup>18</sup> Idem.

A experiência espanhola admite que a mediação seja feita por meios de comunicação indireta, ou seja, não é necessário que o autor e a vítima se encontrem. A respeito do acordo estabelecido entre as partes, eles podem ter conteúdos diversos: restituição, reparação do dano, indenização, pedido de desculpas, etc. Finalizada a mediação, cabe ao mediador informar ao juiz competente se houve ou não o estabelecimento de um acordo, e como ocorreu o procedimento de mediação.

Importante destacar que o sucesso da experiência catalã de mediação penal de adultos se deu não somente pela satisfação das vítimas e dos infratores como também pela extensão de seus efeitos ao processo penal, com a aplicação dos dispositivos penais que permitem a atenuação, suspensão ou substituição da pena em razão da reparação do dano.<sup>19</sup>

#### **2.4.2 Conferências de Família**

As conferências de família, embora possuam um procedimento muito similar ao das mediações entre vítima e ofensor, com elas não se confundem. Assim como na mediação, ocorrem entrevistas separadas entre o facilitador e as partes (que podem estar acompanhadas por suas famílias) antes do encontro direto entre vítima e ofensor. Ademais, o encaminhamento dos casos às conferências pode ser feito por juízes, promotores, advogados das partes, polícia e pelas próprias partes.

Nestas, as famílias das partes participam dos encontros. O objetivo das conferências é o mesmo que o da mediação: fazer com que o ofensor assuma sua responsabilidade pelo delito cometido e pelos danos causados à vítima. Após as discussões, delinea-se um acordo, com o qual todos os participantes podem contribuir.

Uma diferença fundamental entre a mediação e a conferência de família é que, enquanto a primeira limita-se em reparar o dano causado à vítima, seja material ou simbolicamente, a segunda tende a exceder os limites do delito, dando-se atenção às necessidades e a questões relativas não somente à vítima como também ao ofensor.

Ademais, tal como ocorre com a mediação, as conferências de família tem espaço em qualquer momento do processo criminal. Essa modalidade de prática restaurativa é preponderantemente utilizada em casos de delinquência juvenil, sobretudo em delitos de pouca gravidade.

---

<sup>19</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática.** São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 116. (Monografias, 52)

Na Nova Zelândia, que adotou as conferências familiares no final dos anos 90, sendo, portanto, o primeiro país a utilizar oficialmente a justiça restaurativa, também se utiliza a prática restaurativa para infrações mais graves e reiteradas. Lá, as conferências ocorrem mesmo sem a presença das vítimas, eis que a presença dessas não se faz essencial. Na experiência neozelandesa, adotou-se o modelo *court-referred*, no qual os casos são desviados do sistema de justiça sempre que possível. Salienta-se que nesse país as conferências são adotadas exclusivamente em infrações cometidas por menores, sendo o primeiro recurso utilizado para tais casos.

A Austrália, por exemplo, adotou o modelo *police-based*, entendido como aquele em que a polícia ou a escola facilitam o encontro entre as partes<sup>20</sup>). Desta forma, as conferências de família apresentam resultados positivos, tanto no que concerne ao interesse das partes quanto à concretização da Justiça.

### 2.4.3 *Círculos Restaurativos*

A aplicabilidade desta modalidade de prática restaurativa é maior quando comparada às demais, eis que abrange também os delitos graves cometidos tanto por jovens quanto por adultos, além de disputas na comunidade, em escolas e casos envolvendo o bem-estar e proteção da criança<sup>21</sup>.

Percebe-se, portanto, que os círculos restaurativos não se limitam apenas aos casos de cometimento de delito, tal como ocorre nas outras modalidades anteriormente analisadas. Ademais, podem ser utilizados para outros fins que não o de alcançar um acordo restaurativo, podendo visar à resolução de um problema comunitário, por exemplo.

Os círculos foram iniciados por juízes canadenses em 1991, e em 1995 já eram utilizados nos EUA em um projeto piloto. Assim como na mediação e nas conferências de família, os círculos podem ser aplicados em qualquer etapa do processo judicial. Deles podem participar, além das partes e de suas respectivas famílias, pessoas ligadas a elas que queiram apoiá-las, representantes da comunidade e pessoas vinculadas ao sistema de justiça criminal. Nos círculos, portanto, o foco não está apenas nas necessidades das vítimas, mas também nas necessidades dos ofensores,

---

<sup>20</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 117. (Monografias, 52)

<sup>21</sup> SCHIFF, Mara. **Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies**. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

principalmente quanto à sua reinserção no meio social, e da comunidade atingida (vítima secundária).

Um círculo restaurativo divide-se em três fases: o pré-círculo, o círculo, e o pós-círculo. No pré-círculo, ocorre a apropriação do caso, a seleção das pessoas que participarão do círculo, esclarecimentos aos participantes acerca da prática restaurativa (em encontros separados), e preparações pertinentes. Importante destacar que o processo restaurativo não busca descobrir culpados ou investigar como ocorreram os fatos, só sendo possível caso o ofensor confesse ter praticado os atos impugnados, lembrando que essa confissão, em caso de eventual frustração do processo restaurativo, não pode ser utilizada contra o ofensor no caso de retomada do processo tradicional. Na segunda fase, ocorre o encontro entre as partes, a participação dos envolvidos conforme já retratado e a formulação de um acordo restaurativo. Por fim, o pós-círculo se presta a verificar o efetivo cumprimento do acordo.

### **3. IMPLANTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL**

#### **3.1 Breve Histórico**

Como já referido anteriormente, a eclosão da justiça restaurativa ocorreu na década de 90. No Brasil, contudo, a sua implantação somente se deu em 2005, no âmbito de alguns projetos-piloto regionais e ainda há um grande caminho a ser percorrido até que a justiça restaurativa seja adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Um dos marcos iniciais para a justiça restaurativa no Brasil foi o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, em abril de 2005, no qual foi formulada a Carta de Araçatuba, que enuncia os princípios do modelo restaurativo. Tal carta foi ratificada dois meses depois pela Carta de Brasília, assinada na Conferência Internacional "Acesso à Justiça por meios alternativos de solução de conflitos", organizada em Brasília pela Secretaria de Reforma do Judiciário, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Contudo, a implementação de experiências restaurativas no Brasil se deu por meio do projeto "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro" (Ministério da Justiça/PNUD), que por ocasião do Fórum Social Mundial, indicou três cidades como sedes para projetos pilotos, a saber: São Caetano do Sul (SP), Brasília (DF) e Porto Alegre (RS). O objetivo

desse projeto era o de acompanhar e avaliar o impacto da aplicação dos princípios da justiça restaurativa na abordagem das relações entre infrator, vítima e comunidade, além de fundamentar as práticas junto ao Sistema de Justiça Juvenil.<sup>22</sup>

Importante destacar que cada um dos projetos-piloto desenvolvidos por essas cidades apresenta um perfil diferenciado.

O programa de São Caetano do Sul tem espaço na Vara da Infância e Juventude e dentro de escolas. A prática restaurativa adotada é o círculo restaurativo, existindo também as chamadas “cirandas restaurativas” para casos que envolvam menores de doze anos. Em ambos os casos, há a necessidade de expressa autorização dos pais para que os filhos participem do procedimento restaurativo. Ademais, os casos podem ser indicados pelo juiz, promotor, assistentes sociais e até mesmo pelo Conselho Tutelar, cabendo à Vara, que trabalha conjuntamente com a Promotoria da Infância e Juventude, a seleção dos casos, o encaminhamento aos círculos restaurativos, a fiscalização dos termos do acordo e de seu cumprimento e a eventual aplicação de medida sócioeducativa).<sup>23</sup> Os acordos restaurativos são encaminhados ao Ministério Público, que requer ao Juiz a remissão caso o acordo tenha sido devidamente cumprido. A remissão é homologada e o caso nem chega a ingressar no processo tradicional.

O programa de Brasília, por sua vez, é desenvolvido nos 1º e 2º Juizados Especiais de Competência Geral do Núcleo Bandeirantes, atuando, portanto, nos casos de competência do Juizado Especial Criminal, ou seja, no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo. Os conflitos, dessa forma, envolvem adultos. Os casos encaminhados são selecionados por juízes, promotores e equipe técnica e a modalidade de prática adotada é a da mediação entre a vítima e o ofensor. São excluídos os casos de violência doméstica e de uso de substâncias entorpecentes, sendo encaminhados os casos que envolvam conflito entre pessoas que possuam um vínculo ou relacionamento projetados para o futuro e casos nos quais exista a necessidade de reparação, seja ela patrimonial ou emocional<sup>24</sup>. Tem-se assim, um avanço com a aplicação da justiça restaurativa no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, eis que também se busca a reparação emocional do dano, o que não ocorre, via de regra, na justiça formal (Lei nº 9.099/95), na qual o foco está na reparação meramente patrimonial.

---

<sup>22</sup> BRANCHER, Leoberto; SILVA, Sisiâmi (Orgs.). **Justiça para o século 21**. Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha. Porto Alegre: Nova Prova, 2008, p. 15.

<sup>23</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 121. (Monografias, 52)

<sup>24</sup> RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. **A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre**. Revista Ultima Ratio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 13.

O programa de Porto Alegre, finalmente, é desenvolvido na 3ª Vara Regional do Juizado da Infância e Juventude, responsável pela execução de medidas sócioeducativas, atuando, portanto, em casos de ocorrência de atos infracionais. Tal programa está inserido no Projeto “Justiça para o Século XXI”, que foi idealizado pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul e desde 2005 vem desenvolvendo um conjunto de iniciativas, a partir da justiça infanto-juvenil, que visam contribuir com as demais políticas públicas na pacificação de violências envolvendo crianças e adolescentes. Atualmente, o Projeto, que conta com recursos da UNESCO – Programa Criança Esperança, e da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, consolida atividades e promove capacitações que viabilizam a atuação em áreas estratégicas, como a justiça restaurativa no espaço judicial, no atendimento sócioeducativo, e na prevenção e solução de conflitos nas escolas e na comunidade. No âmbito judicial, uma peculiaridade do programa de Porto Alegre é que a aplicação da justiça restaurativa ocorre durante a execução da medida sócioeducativa. Na experiência de Porto Alegre, os casos encaminhados envolvem situações de maior e menor potencial ofensivo, embora haja uma maior predominância de casos menos graves, tais como furto, dano, lesão corporal e ameaça<sup>25</sup>.

### 3.2 Críticas ao Projeto de Lei nº 7006/06

O Projeto de Lei nº 7006/06, que busca introduzir a justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, se originou com a sugestão nº 99/2005, encaminhada pelo Instituto de Direito Comparado à Comissão de Legislação Participativa, em 2005. No ano seguinte, tal sugestão foi transformada no referido Projeto, que propõe sejam acrescentados dispositivos nos Códigos Penal e Processual Penal e na Lei dos Juizados Especiais.

Um dos maiores problemas encontrados no projeto está no art. 1º, o qual estipula que a pretensão da lei é regular “o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais”. Isto porque o artigo não aponta quais contravenções ou quais crimes podem ser objeto de encaminhamento à justiça restaurativa. Faz-se importante o preenchimento de tal lacuna, tendo em vista que a falta de um critério cria o risco de que só sejam encaminhados à justiça restaurativa os chamados crimes de bagatela, em conformidade com o pensamento dominante de que a justiça restaurativa despenaliza condutas que deveriam ser punidas pelo modelo tradicional de justiça criminal.

---

<sup>25</sup> BRANCHER, Leoberto; SILVA, Sisiâmi (Orgs.). **Justiça para o século 21**. Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

Desta lacuna surge outro problema: qual o melhor critério a ser adotado? Ao mesmo tempo em que o critério da quantidade da pena parece não se encaixar perfeitamente aos ideais da justiça restaurativa, eis que experiências apontam uma maior relevância das condições e vontade das partes em participar do que simplesmente da gravidade da infração cometida, “não há como fugir da quantidade de pena como um critério inicial, o qual, no entanto, deve servir como marco legal de referência a ser balizado conforme outros critérios.”<sup>26</sup> Ainda, tal critério evitaria que somente fossem encaminhados à justiça restaurativa casos de bagatela, como anteriormente mencionado.

Em seu art. 4º, o projeto dispõe que, uma vez presentes os requisitos para o encaminhamento do caso ao procedimento restaurativo:

o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa.

Primeiramente, tal artigo é incompatível com os valores restaurativos, na medida em que se a voluntariedade se faz necessária às práticas restaurativas, e ela está ligada à admissão de culpa por parte do ofensor, desnecessário o envio de peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa, se estes forem utilizados com o intuito de adjudicar a culpa ao infrator. O que se busca com o processo restaurativo é o diálogo horizontal entre as partes, de forma que ambas se sintam satisfeitas.

Tal dispositivo parece problemático, ainda, na medida em que um duplo consentimento dificultará muito a aplicação da justiça restaurativa. Há que se ter em vista que, se o caso se encaixar nos requisitos legais e houver voluntariedade das partes e aspectos subjetivos que possibilitem o seu encaminhamento às práticas restaurativas, desnecessário o duplo consentimento. Mais adequado seria submeter o envio somente ao crivo de uma autoridade. Se o encaminhamento for feito por representante do Ministério Público, dever-se-á dar em momento anterior ao oferecimento da denúncia, hipótese na qual este deverá deixar de propor a ação penal.

A respeito, o art. 14º do projeto acrescenta ao art. 24 do Código de Processo Penal (CPP) dois parágrafos, sendo que um deles faculta ao Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo. Tal acréscimo também resta problemático, eis que não obsta ao órgão ministerial propor ação penal durante as práticas restaurativas, o que representaria um contrassenso, eis que o acordo restaurativo, somado a uma pena imposta no processo penal tradicional, provocaria *bis in idem*.

---

<sup>26</sup> SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 235.

Assim, se o envio do caso se der pelo juiz competente, ocorrerá depois da apresentação da denúncia, antes ou depois do seu recebimento, oportunidade na qual o processo penal deverá ser suspenso. Findo o processo restaurativo com o cumprimento do acordo, o juiz deverá extinguir o processo com resolução do mérito. Caso contrário, deverá dar continuidade à ação penal, sem que o insucesso do processo restaurativo interfira na imposição da pena, conforme disposto no novo art. 560 do Código de Processo Penal, introduzido pelo art. 16 do projeto, que também introduziu o Capítulo VIII do CPP, com uma série de artigos referentes ao processo restaurativo.

O novo art. 556 do CPP prevê os requisitos para o envio do caso à justiça restaurativa. São eles: a) personalidade e antecedentes do agente; b) circunstâncias e consequências do crime ou da contravenção penal.

Como bem salienta Pallamolla<sup>27</sup> tais requisitos consistirão em barreira quase intransponível aos ofensores reincidentes e que tenham cometido delitos com o emprego de violência, representando a lógica punitiva do processo penal. O mais adequado seria, portanto, que fosse necessária apenas a constatação de um suporte mínimo de provas: a) que indiquem a autoria e materialidade delitiva, visando o não encaminhamento de casos que não configurem delito ou aqueles de bagatela; b) o reconhecimento do fato pelo ofensor; c) a voluntariedade das partes em participar. Tudo isso sem prejuízo da regulamentação acerca dos crimes ou contravenções que possam ser objeto de encaminhamento à justiça restaurativa.

Por fim, o art. 562 do CPP, acrescido pelo art. 16 do referido projeto dispõe que o acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final. Em seu parágrafo único, ainda, prevê que o magistrado poderá deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos.

Em relação ao seu *caput*, o dispositivo faz bem ao prever que o acordo deverá servir de base para a decisão judicial final, pois com isso se evita que o acordo simplesmente seja somado a pena imposta, ocorrendo *bis in idem*. Contudo, tal artigo não se faz suficiente, pois ainda é necessário o estabelecimento de critérios que apontem como os acordos serão recepcionados pelo juiz ou pelo órgão ministerial.

Mais correto seria que, em caso de cumprimento satisfatório do acordo, e sendo o delito praticado de pequena gravidade, houvesse a extinção da punibilidade do infrator, sem a imposição de pena. Por outro lado, tratando-se de delito mais gravoso, o acordo poderia ser uma causa de redução da pena aplicada.

---

<sup>27</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa:** da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. (Monografias, 52)

Diante das problemáticas apontadas neste tópico, resta patente a necessidade de uma maior discussão e divulgação da justiça restaurativa, de forma a possibilitar sua institucionalização no ordenamento jurídico brasileiro, sem que sejam desviados os seus valores e princípios fundamentais.

#### 4. CONCLUSÃO

O sistema de justiça penal enfrenta uma grave crise. A pena de prisão, principal forma de controle social do Estado, vem sofrendo um desvirtuamento em seu caráter ressocializador, não mais atendendo às necessidades contemporâneas.

Ainda, no sistema penal brasileiro o Estado se coloca no lugar de vítima e, ao invés de o ofensor compensar o dano por ele causado à vítima real, “paga a dívida para com a sociedade”, por meio do cumprimento de uma pena. O atual modelo de justiça penal, assim, não atende à realidade fática de cada caso, o que impõe a sua reestruturação, com a busca de alternativas à imediata resposta vingativa do Estado dada ao delito, fundada em um paradigma punitivo. Neste contexto, cresce a discussão no âmbito nacional acerca da justiça restaurativa, que embora tenha eclodido nos Estados Unidos nos anos 90 e logo se espalhado por diversos países desenvolvidos, teve uma entrada recente (2005) e tímida no cenário nacional, por meio de três projetos-piloto, analisados no presente estudo. Assim, ainda há um grande caminho a ser percorrido até que a justiça restaurativa seja adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Tal adoção faz-se importante, pois a regulamentação da justiça restaurativa traria uma série de benefícios, tais como a diminuição da população carcerária, a recolocação da vítima em posição central no processo e uma maior preocupação com a reeducação dos ofensores e, com isso, a consequente redução das taxas de reincidência, conforme apontam diversos estudos a respeito de experiências restaurativas no Brasil e no mundo.

O projeto de lei nº 7006/06, ainda que represente um importante passo em direção a implantação da justiça restaurativa no Brasil, apresenta diversos dispositivos problemáticos, que devem ser aparados de forma que não se frustrem os ideais restaurativos e que se possibilite uma aplicação precisa da lei. Há que se formular uma lei que responda as seguintes questões: Quais casos devem ser encaminhados à justiça restaurativa? Qual o critério a ser utilizado? Qual autoridade fará o encaminhamento? Quais as consequências do cumprimento do acordo?

Recomenda-se que, caso a justiça restaurativa se preste a tratar apenas crimes de pequena

gravidade, não haja a imposição de uma pena, caso o acordo restaurativo tenha sido devidamente cumprido, sendo imperiosa a extinção da punibilidade do agente. Por outro lado, se a justiça restaurativa abarcar casos de maior gravidade, o cumprimento do acordo deverá ser valorado de forma a reduzir a pena aplicada. Portanto, a justiça restaurativa não se presta a substituir o modelo tradicional de justiça penal, e sim a complementá-lo.

Em síntese, para que ocorra a implantação da justiça restaurativa de maneira adequada, patente a necessidade de maior discussão e amadurecimento acerca do tema no âmbito nacional, para que as questões aqui suscitadas de forma exemplificativa sejam resolvidas.

## REFERÊNCIAS

BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. Nova Iorque: Oxford, 2002.

BRANCHER, Leoberto; SILVA, Sisiâmi (Orgs.). **Justiça para o século 21**. Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

GALIANA, Alejandro Guimerà i. **La Mediación-Reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya**. Revista Española de Investigación Criminológica. Disponível em: < <http://www.criminologia.net> > Acesso em 11 mai. 2011.

NAÇÕES UNIDAS. ECOSOC Resolution 2002/12: **Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters**. Disponível em <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2011.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. (Monografias, 52)

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. **A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre**. Revista Ultima Ratio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROCHE, Declan. **Retribution and restorative justice**. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (Ed). Handbook of Restorative Justice. Portland, USA: Willan Publishing, 2007.

SCHIFF, Mara. **Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies**. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 322.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça.** São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard; MIKA, Harry. **Conceitos fundamentais da justiça restaurativa.** Michigan: Michigan University, [s.d.] Mimeo.



# UNIVERSALIDADE DISCRIMINATÓRIA DO SUFRÁGIO: PORQUE OS PRESOS DEVEM VOTAR

---

*Por Gabriela Cunha Ferraz e  
Renata Oliveira*



# UNIVERSALIDADE DISCRIMINATÓRIA DO SUFRÁGIO: PORQUE OS PRESOS DEVEM VOTAR

*Gabriela Cunha Ferraz*

*(Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Estrasburgo. Coordenadora do Projeto Egressos da Pastoral Carcerária. Advogada da Cáritas Arquidiocesana de São Paulo e do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC)*

*Renata Oliveira*

*(Estudante do terceiro ano da Universidade de Direito de São Paulo. Estagiária do Projeto Egressos da Pastoral Carcerária.)*

## RESUMO

O presente trabalho pretende fazer uma análise crítica do artigo 15, inciso III da Constituição Federal Brasileira, à luz dos demais dispositivos ordinários que regem a suspensão e/ou a perda dos direitos políticos das pessoas em detenção. Este artigo se dedica a contrapor as ideias defendidas pela doutrina majoritária nacional - que acata a disposição legal, com os preceitos, direitos e garantias fundamentais que priorizam o instituto do sufrágio universal. O estudo pretende colocar em cheque as reais dificuldades estruturais, alegadas pelos Tribunais Regionais Eleitorais como justificativa para a não efetivação do direito de voto dos presos provisórios e adolescentes maiores de 16 anos. Pretende, também, demonstrar a ilegalidade que macula a suspensão deste direito em relação aos presos condenados com sentenças transitadas em julgado. Além de abordar a temática do voto do preso desde uma perspectiva teórica, também pretende ilustrar a situação observada no Projeto Egresso, da Pastoral Carcerária de São Paulo. Por fim, este artigo quer demonstrar que o próprio Estado é o responsável pela dificuldade encontrada na reinserção do egresso no mercado de trabalho, uma vez que o título de eleitor é um documento essencial para a contratação legal dos trabalhadores.

**Palavras-chaves:** Encarceramento. Direito ao Voto. Justiça Criminal. Sufrágio Universal. Título de Eleitor.

## ABSTRACT

This article intends to review article 15, section III of the Federal Constitution based on ordinary disposing about suspension or/and forfeiture political rights of prisoner. This article dedicate to put against majority Brazilian's doctrine – which respect the regulating -, und fundamental rights und guarantees – which support universal suffrage. The study pretends to attack reals structural difficulties allege by the Regional Electoral Courts. Provisory prisoners and teenagers above 16 years old have not put into effect their voting right. The study also demonstrate about illegalities of suspension or/and forfeiture political rights of condemned prisoner. In addition to concepts perspectives, this article will illustrate with actuation from Projeto Egresso – Pastoral Carcerária. Finally, we will prove that the State is responsible with egresses difficulties. One of this, it is the labor market's admission, because elector claim is an essential document.

**Keywords:** Incarceration. Right to Vote. Criminal Justice. Universal Suffrage. Voter Id Card

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. O QUE SÃO DIREITOS POLÍTICOS? 3. O SUFRÁGIO MASCARADO 3.1 A questão dos presos provisórios 3.2 A questão dos adolescentes internados 4. NATUREZA DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS 5. CONSEQUÊNCIAS DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS 6. CONCLUSÃO

## 1. INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 38 do atual Código Penal Brasileiro<sup>1</sup>, “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. A mesma matéria também está disposta no artigo 3º da Lei de Execução Penal - LEP<sup>2</sup>: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Contudo, há de se notar uma grande e significativa contradição, quando estes textos são interpretados à luz do dispositivo constitucional inscrito no artigo 15 que assim dispõe: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de (...) III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”. Resta claro que, contraditoriamente, a Constituição Federal determina a imediata suspensão dos direitos políticos da pessoa condenada, desconsiderando, portanto, a legislação que assegura a manutenção de todos os direitos dos presos.

Diante desta controvérsia normativa, surgem vários questionamentos e uma única certeza. A certeza de que aos presos provisórios não se pode negar seus direitos políticos, vez que ainda não existe sentença condenatória transitada em julgado. Sendo assim, Estados como São Paulo, violam o princípio constitucional da presunção de inocência<sup>3</sup> ao suspender, arbitrariamente, a cidadania ativa dos presos provisórios que são impedidos de votar. Nas últimas eleições - 2012, o Brasil contava com um eleitorado equivalente a 140.646.446 pessoas. Segundo o Tribunal Superior Eleitoral - TSE<sup>4</sup>, neste mesmo ano, 8.871 presos provisórios votaram em 22 Estados. Considerando que, à época, a população de presos provisórios contabilizava 191.024 pessoas<sup>5</sup>, conclui-se que somente 4,6% desse grupo conseguiu exercer plenamente sua cidadania.

Em relação aos questionamentos que surgem a partir desse conflito de normas e sobre os quais se pretende debruçar ao longo do presente estudo, têm-se: (1) O que são os Direitos Políticos? (2) A suspensão dos Direitos Políticos seria efeito de condenação criminal ou seria uma pena adicional? (3) Quais as consequências desta suspensão em relação às dificuldades encontradas na reinserção do egresso no mercado de trabalho?

<sup>1</sup> Decreto-Lei n° 2.848 de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro.

<sup>2</sup> Lei n° 7.210 de 11 de julho de 1984 - Lei de Execuções Penais (LEP).

<sup>3</sup> Artigo 5º, LVII da CF/88: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

<sup>4</sup> Informes do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>> e <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-presos-provisorios-tem-direito-assegurado-para-participacao-cidada-na-democracia>> Acesso em 26 de setembro de 2013.

<sup>5</sup> Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Relatório de junho de 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em 14 de outubro de 2013.

## 2. O QUE SÃO DIREITOS POLÍTICOS?

A atual Constituição não especifica o que são direitos políticos e essa tarefa conceitual está, hodiernamente, à cargo da doutrina e da jurisprudência.

Os direitos políticos são entendidos pela doutrina majoritária brasileira<sup>6</sup> como sendo o meio necessário ao exercício da soberania popular. Essa definição, por sua vez, alude o conceito de cidadania, estabelecido, prioritariamente, pela participação política do indivíduo, seja ela direta ou indireta:

São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania<sup>7</sup>.

De acordo com sua natureza jurídica, os direitos políticos são, portanto, direitos fundamentais que, segundo José Afonso da Silva, *são* “limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”<sup>8</sup>. São estes direitos históricos, por se tratar de conquistas que nunca foram limitadas à um fim específico; são inalienáveis, ou seja, intransferíveis e indisponíveis; são imprescritíveis, isto é, sempre exercíveis, “não havendo intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição”<sup>9</sup>; e, por fim, são irrenunciáveis. Paulo Bonavides assegura também a universalidade destes direitos, uma vez que:

[...] a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade da pessoa humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices, ao significado da universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana<sup>10</sup>.

José Afonso da Silva afirma, ainda, que cidadão é “o indivíduo que [é] titular dos di-

---

<sup>6</sup> Neste sentido: José Afonso da Silva, Alexandre de Moraes e Luiz Aberto David Araújo.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p.232.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 345.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* Note 10, p.181.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562.

reitos políticos de votar e ser votado e suas consequências”<sup>11</sup>. Considera-se que uma destas consequências, senão a principal, seria o direito ao sufrágio universal. Apesar de o termo – Direitos Políticos ser comumente associado ao exercício do voto, a Constituição Federal emprega este como instrumento daquele. Logo, tem-se que o direito ao sufrágio universal decorre diretamente do princípio de que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. Na visão de José Afonso, o sufrágio universal “constitui instituição fundamental da democracia representativa e é pelo seu exercício que o eleitorado, instrumento técnico do povo, outorga legitimidade aos governantes”<sup>12</sup>.

A previsão constitucional contida no artigo 15, inciso III, acima mencionada, indicaria, em uma leitura rápida e superficial, a suspensão integral dos Direitos Políticos, quais sejam: votar e ser votado. Entende-se, porém, que excluir sumariamente a integralidade dos direitos políticos dos cidadãos presos significa dizer que se vive em um sistema de sufrágio mascarado, onde a universalidade pregada não alcança seus efeitos práticos.

O artigo 14 da mesma Constituição é claro ao pregar que no seio da República Federativa do Brasil “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. No entanto, esta universalidade do sufrágio não pode ser gozada na prática, vez que prevalece a incidência discriminatória da norma constitucional, pois esta, de modo arbitrário e sem fundamentação, inibe o acesso de mais de 568 mil cidadãos<sup>13</sup> a um direito de natureza fundamental. De acordo com Luiz Alberto David Araújo:

[...] O direito de sufrágio não é mero direito individual, pois seu conteúdo, que predica o cidadão a participar da vida política do Estado, transforma-o em um verdadeiro instrumento do regime democrático, que, por princípio, só pode realizar-se pela manifestação dos cidadãos na vida do Estado. Bem por isso, o sufrágio constitui simultaneamente um direito e um dever<sup>14</sup>.

Segundo Alexandre de Moraes<sup>15</sup>, os direitos políticos são divididos em passivos e ativos. A capacidade eleitoral ativa alude ao direito de votar, à alistabilidade. A capacidade eleitoral passiva, por sua vez, indica o direito de ser votado, à elegibilidade. As restrições a estas capacidades são

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* Note 10, p. 202.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* Note 10, p. 232.

<sup>13</sup> Informes do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. *Op. cit.* Note 06.

<sup>14</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 239.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* Note 09, p. 232.

estabelecidas através de previsões constitucionais. As regras restritivas correspondem, respectivamente, à inelegibilidade e à perda e suspensão desses direitos. As primeiras previstas no artigo 14 e as segundas, conforme já mencionado, no artigo 15 da Carta Magna.

Tais restrições variam entre inelegibilidade absoluta ou relativa. Enquanto a primeira é determinada pela característica da pessoa que pretende se candidatar – representando uma exceção em nosso ordenamento; a segunda refere-se às imposições fixadas para assunção de determinado cargo eletivo. Sabe-se que somente os analfabetos são absolutamente inelegíveis, mas que ainda mantém sua capacidade ativa, porque permanecem sendo eleitores<sup>16</sup>. Já os presos, eles não gozam da sua capacidade eleitoral passiva, não por suas características pessoais, mas devido a sua inelegibilidade relativa em razão da restrição da sua liberdade.

Ressalta-se que os direitos fundamentais podem, sim, sofrer restrição, apesar de exigirem a mais ampla proteção possível. No caso dos direitos políticos, o bem protegido é a própria soberania popular, sendo esta um desdobramento do princípio democrático. Por outro lado, “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a constituição”<sup>17</sup>. Neste diapasão, entende-se que a restrição feita ao direito fundamental de votar não é compatível com a própria Constituição. Em seu Título I, a Constituição listou os princípios que se tornaram “um mandamento nuclear [do] sistema”<sup>18</sup>, a fim de demonstrar valores e bens que formam os preceitos básicos da organização constitucional.

Neste sentido, conclui-se que a previsão do artigo 15, III da CF/88 é incompatível com princípios trazidos pela própria Constituição, por exemplo: soberania popular, cidadania, pluralismo político, dignidade da pessoa humana e a ideia de que todo o poder emana do povo. Rodrigues Dias, afirma que:

O veio democrático institucionalmente aberto em 1988 impõe, portanto, reconhecer a exclusão encoberta em procedimentos tidos como democráticos; assumir que a diferença é meio de concretização da própria democracia, o que subverte a tendência de muitos instrumentos ditos democráticos de homogeneização de identidades; chamar para si, concretamente, um projeto de democracia radical e receptiva à multiplicidade de vozes que abarca uma sociedade pluralista e comple-

---

<sup>16</sup> “Com a Emenda Constitucional n.º 25, de 15 de maio de 1985, os analfabetos passaram a ter acesso, embora limitado, à cidadania. Puderam alistar-se como eleitores (..), passaram a exercer o direito de sufrágio, através do voto.” In: MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* Note 09, p. 234.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.281.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* Note 10, p. 90.

xa, cuja institucionalização deve servir a limitar a violência e a opressão<sup>19</sup>.

Ao prever a soberania popular como sendo um preceito fundamental, não há que se falar em perda ou suspensão dos direitos políticos, sem, ao menos, prever o direito à ampla defesa e ao contraditório. A Constituição Federal de 1988, ao prever a suspensão e a perda dos direitos políticos, não acolheu o texto constitucional anterior<sup>20</sup>, que em seu artigo 149, §§2º e 3º, assegurava ampla defesa àquele que pudesse perder ou ter suspenso os seus direitos políticos.

O posicionamento que defendido, vale dizer, a flagrante incongruência na suspensão do direito de votar, se baseia na lógica e na pirâmide dos direitos. Ora, considerando que os direitos políticos são de natureza fundamental; Considerando que estão previstos na Constituição, em seu Capítulo Dos direitos políticos; Considerando que estes direitos são soberanos, quando em conflito com outras normas; Considerando que os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana, sendo universais e irrenunciáveis; Considerando que apenas o regime fechado de detenção seria capaz de impedir uma pessoa de exercer um cargo público e/ou de assumir, presencialmente, suas funções políticas; Considerando que não existem limitações lógicas que impeçam os presos, condenados, de cumprir pena nos regimes semiaberto ou aberto, de votar e serem votados; Considerando que as limitações físicas, impostas àqueles que cumprem pena em regime fechado, devem ser sanadas através da criação de zonas eleitorais dentro dos estabelecimentos penais e das unidades de internação de adolescentes; Considerando que o direito ao voto é o puro exercício da cidadania e a afirmação do sufrágio universal, entende-se que não existem razões legais ou lógicas capazes de justificar a suspensão dos direitos políticos para aqueles que estão em cumprimento de pena.

Diante desta série de considerações, conclui-se que os direitos políticos não são apenas suspensos pelo Estado, mas são, sim, arbitrariamente usurpados do cidadão preso que se torna alvo de mais esta violência institucional.

---

<sup>19</sup> DIAS, Rodrigues Wladimir. **Condenação Criminal e direito a voto**. In: MARCHI JR., Antônio de Padova e PINTO, Felipe Martins (Org.). **Execução penal: Contratações, críticas, alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 229 a 254.

<sup>20</sup> Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2013.

### 3. O SUFRÁGIO MASCARADO

Os atuais dispositivos constitucionais e o posicionamento estatal corroboram para sustentar que existe, de fato, um sufrágio mascarado no Brasil. Esta teoria se fortalece, uma vez que as restrições à universalidade do sufrágio estão diretamente relacionadas ao não preenchimento de requisitos baseados na liberdade do cidadão. Em sentido contrário, “a restrição implica em um sufrágio concedido em virtude da presença de determinadas condições especiais possuídas por alguns nacionais”<sup>21</sup>. A democracia representativa fica prejudicada, cada vez que um preso provisório ou um preso sentenciado é impedido de votar. O *voto é um direito público subjetivo* [que aduz] (...) “às funções políticas e sociais de soberania popular na democracia representativa”<sup>22</sup>.

Foca-se, a partir de agora, nas violações sofridas pelos presos provisórios e pelos adolescentes, maiores de 16 anos que se encontram internados, por entender que estes são os cidadãos que sofrem as maiores e mais arbitrárias restrições em relação à garantia dos seus direitos políticos.

#### 3.1 A questão dos presos provisórios

Em 2010, o TSE publicou a Resolução n° 23.219<sup>23</sup> que dispõe acerca da instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, além de regulamentar as providências que precisam ser tomadas para a efetivação do direito de voto dos presos provisórios. Contudo, dados do Departamento Penitenciário Nacional – DE-PEN<sup>24</sup> revelam que nas eleições de 2010, apenas 18.92825 dos presos provisórios votaram. Esse número equivale a apenas 11,59% da população provisoriamente presa no país à época. Este cenário foi agravado durante as últimas eleições - 2012, quando apenas 8.871 presos provisórios votaram, representando uma queda de 54% de eleitores.

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* Note 09, p. 234.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* Note 09, p. 235.

<sup>23</sup> Resolução n° 23.219 do TSE. Disponível em: <<http://ciranda.org.br/wp-content/uploads/2013/08/Resolu%C3%A7%C3%A3o-23219.pdf>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

<sup>24</sup> DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório de junho de 2010**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em 26 de setembro de 2013.

<sup>25</sup> Informe do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. *Op. cit.* Note 06.

Estes dados se tornam particularmente preocupantes quando se cruzam a diminuição da taxa de eleitores com o dado que indica o incremento de 17% da população carcerária, provisoriamente presa no país.

Anteriormente foi dito que o direito de votar é um direito fundamental inerente à pessoa humana e que sua execução deveria ser priorizada pelo Estado. Sucede que este direito é obstaculizado por barreiras construídas pelo próprio aparato estatal, sob falsos estigmas. Rodrigues Wladimir Dias, afirma que: “sobressai, (...), o sistema de justiça criminal como técnica de exclusão política que contra o princípio democrático, restringe a cidadania e empareda minorias”<sup>26</sup>.

Um dos problemas alegados pelo Estado ao negar o direito dos presos provisórios é a logística demandada pelo ato de votar. Ora, a magnitude inerente a um direito fundamental não pode ser restringida por uma mera incapacidade técnica administrativa. Carlos Eduardo Martins Silva entende que estas “são dificuldades operacionais alegadas por uma administração pública cada vez mais burocratizada”<sup>27</sup>. Porém, esta é uma questão que deve ser refletida e materialmente resolvida pelo próprio Estado, ente capaz de encontrar formas eficazes de instalar seções eleitorais dentro dos estabelecimentos prisionais e operacionalizar as transferências dos domicílios eleitorais dos presos, com pelo menos 150 dias de anterioridade em relação à data da eleição, seguindo a regra prevista no artigo 91 da Lei 9.504/97:

[...] este prazo, aplicado à situação dos presos provisórios, compromete seriamente a possibilidade de exercício do direito de voto por eles, tendo em vista a grande frequência [e vulnerabilidade] com que ocorrem as transferências para outros estabelecimentos, assim com a realização de novas prisões e de solturas<sup>28</sup>.

Neste diapasão, ressalta-se o disposto no artigo 136 do Código Eleitoral que reconhece a legalidade da existência de zonas de votação dentro das unidades de internação coletiva, dentre elas, as prisionais, mesmo que limite, de forma inconstitucional, a quantidade mínima de eleitores:

---

<sup>26</sup> DIAS, Rodrigues Wladimir. *Op. cit.* Note 21.

<sup>27</sup> MARTINS SILVA, Carlos Eduardo Cunha. **A prerrogativa de sufrágio dos presos como radicalização da vontade democrática**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_08/anexos/a\\_prerrogativa\\_de\\_sufragio\\_dos\\_presos.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/anexos/a_prerrogativa_de_sufragio_dos_presos.pdf)> Acesso em 17 de outubro de 2013.

<sup>28</sup> De acordo com o entendimento do TSE, são necessários alguns requisitos para que o preso provisório vote. Texto da proposição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental e com ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/representacao-mpf-rj-presos-vota.pdf>> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

Art. 136. Deverão ser instaladas seções nas vilas e povoados, assim como nos estabelecimentos de internação coletiva, inclusive para cegos, e nos leprosários onde haja, pelo menos, 50 (cinquenta) eleitores.

Neste sentido, é evidente que:

[...] o Tribunal Superior Eleitoral, nos atos normativos que vem periodicamente expedindo para disciplinar a realização de cada eleição, não tem determinado à Justiça Eleitoral que adote todas as providências necessárias à viabilização do voto do preso provisório, mas apenas reconhecido uma hipotética faculdade de que isso seja feito no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais<sup>29</sup>.

Este enunciado pode ser facilmente comprovado através da leitura do artigo 20 da Resolução nº 23.372, onde o TSE abusa da discricionariedade, optando por usar o termo “poderão”, no lugar de “deverão”.

Art. 20. Os juízes eleitorais, sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, **poderão** criar seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, a fim de que os presos provisórios e os adolescentes internos possam exercer o direito de voto, observadas as normas eleitorais e, no que couber, o disposto nos artigos 15 a 17 desta resolução. (grifo nosso)

Desrespeitos institucionais à direitos fundamentais como este, deveriam ser intoleráveis em uma sociedade democrática que pretende garantir a igualdade entre os cidadãos. De acordo com o entendimento da juíza Kenarik Boujikian Felipe:

[...] as desculpas dadas pelo judiciário e executivo que dizem haver obstáculos para eleições em presídio não devem ser levadas em consideração, pois não

---

<sup>29</sup> *Op. cit.* Note 30.

existe justificativa para que todos não votem, sendo inaceitável a postura do judiciário e do executivo, poderes que não estão acima da constituição<sup>30</sup>.

A Associação de juízes para a democracia analisou a situação do direito de voto dos presos provisórios nas eleições de 2008. Foi feito um levantamento para mapear a garantia do direito de votar dos presos provisórios<sup>31</sup>. O Estado do Espírito Santo informou “que por impossibilidade técnica e de segurança não foi possível a instalação de seção eleitoral”. Em Goiás também não houve votação, contudo em reunião de avaliação das eleições foi recomendado que “os responsáveis por manter tais pessoas sob custódia encaminhem relação dos que estavam detidos nas datas da eleição para registro da justificativa de ausência”. No Pará, algumas medidas foram tomadas, mas nenhuma foi efetiva a ponto de reverter a violação. Diante destas considerações, o Tribunal Regional Eleitoral se posicionou da seguinte forma:

[...] detectou-se que a transferência involuntária para uma seção num presídio ou delegacia gerava um constrangimento ao eleitor, já que a operação ficará registrada historicamente no cadastro de tais eleitores e, também, o custo elevado aos cofres públicos para a criação de seções em presídio e delegacias.

Esse mesmo relatório indica que os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Ceará, Mato Grosso, Maranhão, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Sergipe tiveram seções eleitorais nas unidades prisionais, contudo, não conseguiram abarcar todos os eleitores em potencial, porque as seções foram instaladas somente em alguns estabelecimentos, ferindo, claramente, o princípio da isonomia.

Porém, uma experiência inédita foi observada no município de Nova Iguaçu, no Estado do Rio de Janeiro<sup>32</sup>. Os presos formaram e encaminharam um abaixo-assinado ao Tribunal Regional Eleitoral pedindo seu direito de votar. A Corte ficou sensibilizada e editou a Resolução nº 690/08, estabelecendo um protocolo de cooperação que mobilizava a Polícia Civil, a Secretaria

---

<sup>30</sup> Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2012-05-27/apesar-de-direito-ao-voto-presos-provisorios-tem-pouco-acesso-a.html>> Acesso em 11 de setembro de 2013.

<sup>31</sup> Associação Juízes para a Democracia - AJD. Relatório sobre a situação do direito de voto dos presos provisórios, 2008. Disponível em: <<https://www.google.com.br/#q=relatorio+sobre+o+direito+do+preso+provisorio+2008+ajd>> Acesso em 17 de outubro de 2013.

<sup>32</sup> Governo do Rio de Janeiro. Informe ASCOM/PCERJ. Disponível em: <<http://www.policiacivil.rj.gov.br/exibir.asp?id=5141>> Acesso em: 17 de outubro de 2013.

de Segurança Pública e o próprio Tribunal, a fim de que os presos de uma determinada delegacia pudessem votar. Zaconne, delegado no Rio de Janeiro e militante pela causa do voto dos presos, afirmou que diante dessa iniciativa, muitos mitos foram desconstituídos:

O primeiro se referia à falta de segurança para exercício do direito de voto. Demonstrou-se que na instituição estatal encarregada de acautelamento do preso provisório não poderia falar em falta de segurança. As hipóteses de formação de curral eleitoral e de que unidos os presos poderiam formar um partido marginal foram, pelo resultado da votação, debeladas<sup>33</sup>.

Neste momento, depara-se com um quadro contraditório. Enquanto alguns estados alegam dificuldades estruturais para operacionalizar o voto dos presos, outro desenvolve uma experiência inaugural que nega tais problemas. De acordo com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: “Os Tribunais Eleitorais devem garantir que todos aqueles que têm o direito e a obrigatoriedade de voto possam concretizar esse ato essencial à democracia”<sup>34</sup>. Resta claro que o direito de voto dos presos provisórios, reconhecido pela Constituição, não pode ser concedido discricionariamente, conforme avaliações de conveniência e oportunidade da justiça eleitoral.

Importante enfatizar, ainda, que a supressão deste direito agrava a extrema vulnerabilidade já vivenciada por este grupo social. “A representatividade, concretizada pelo voto, tira os presos do asilo social que vai muito além da privação à liberdade”<sup>35</sup>. A suspensão dos direitos políticos inviabiliza a participação do preso na vida pública, suprimindo, desta forma, grande parte da sua cidadania. Neste sentido, o próprio Instituto Brasileiro de Ciências Criminais entende que:

Por meio do voto, os presos provisórios podem escolher o representante que afirme e reafirme posturas que viabilizem condições dignas de encarceramento, que se comprometa com a inclusão do egresso no mercado de trabalho, com a viabilização de medidas alternativas à pena de liberdade<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> DAMASCENO, João Batista e ZACCONNE, Orlando. **O Voto do preso no RJ: uma análise do processo eleitoral.** Juízes para a Democracia, n° 46, junho/novembro, 2008.

<sup>34</sup> EDITORIAL IBCCRIM. **Obrigatoriedade de voto do preso provisório.** Boletim IBCCRim n° 189, agosto, 2008. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/3695-Obrigatoriedade-de-voto-do-pres-provisorio](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3695-Obrigatoriedade-de-voto-do-pres-provisorio)> Acesso em 17 de outubro de 2013.

<sup>35</sup> EDITORIAL IBCCRIM. *Op. cit.* Note 36.

<sup>36</sup> EDITORIAL IBCCRIM. *Op. cit.* Note 36.

Ainda na mesma linha de raciocínio, informa que:

Na medida em que os presos não votam, deixam de despertar a atenção daqueles que realizam as políticas públicas. A exclusão social e política dos privados de liberdade acarreta despersonalização e desumanização proibidas em sociedade que tem como ideal o respeito à integridade e à dignidade da pessoa<sup>37</sup>.

É óbvio que esta é apenas uma forma de silenciar as vozes dos presos e ignorar a necessidade de criarem-se políticas públicas que beneficiem essa imensa população e que, por consequência, proporcionem condições capazes de garantir seu acesso aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Dito isto, passe-se à análise do direito ao voto de um segundo grupo, cujo grau de vulnerabilidade pode ser considerado ainda maior: os adolescentes internados.

### **3.2 A questão dos adolescentes internados**

Outro aspecto bastante relevante retrata o direito de voto dos adolescentes, maiores de 16 anos, em cumprimento de medidas sócio educativas. No seu artigo 14, II, §1º, a Constituição elenca aqueles que não são obrigados a votar. Dentre eles, encontram-se os maiores de 16 e menores de 18 anos.

Neste caso, a faculdade está diretamente relacionada ao exercício do voto, entendido como sendo este o instrumento que possibilita a prática dos direitos políticos. O voto, além de ser um ato político, é um direito subjetivo que materializa os próprios direitos políticos.

O artigo constitucional que suspende o direito fundamental ao voto – artigo 15, inciso III, não faz qualquer referência aos adolescentes que cumprem medidas sócio educativas, razão pela qual este direito não pode ser, simplesmente, apagado da vida dos cidadãos em formação que se encontram internados. Como bem coloca Kenarik Boujikian Felipe:

[...] eles são tratados como se presos fossem, e, nesta medida, o impedimento

---

<sup>37</sup> EDITORIAL IBCCRIM. *Op. cit.* Note 36.

apresentado acaba por lhes atingir, pois são considerados condenados, ao arripio da lei A não participação desses adolescentes na vida política do país tem as cores da inércia e desídia do estado brasileiro<sup>38</sup>.

A fim de mudar esta realidade marcada pela negligência do Estado, o projeto de Lei nº 5.749/09, dispõe sobre as medidas necessárias à concretização do direito de voto do adolescente internado e está atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados. Este projeto afirma que: “Em vez de atuar na concretização desse direito fundamental, o Estado tem se omitido, e acaba equiparando os adolescentes internados a presos condenados em definitivo”<sup>39</sup>. Sua principal proposta é a alteração do artigo 124 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da criança e do Adolescente, que passaria a vigorar acrescido do seguinte inciso:

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

(...)

XVII – alistar-se como eleitor e votar nos pleitos eleitorais, observadas as exigências legais quanto à idade mínima.

Este projeto de lei é apoiado veemente por entender que o mesmo pretende ratificar uma prerrogativa facultada aos adolescentes internados em razão do princípio da igualdade e da soberania dos direitos políticos, enquanto garantia fundamental irrenunciável.

#### 4. A NATUREZA DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Constatadas as discrepâncias constitucionais, cabe ainda discutir a natureza da suspensão do direito de votar. Seria esta um efeito imediato da condenação criminal ou uma pena adicional?

A maioria dos doutrinadores brasileiros entende que a suspensão dos direitos políticos

---

<sup>38</sup> FELIPPE, Kenarik Boujikian. **Voto do adolescente internado**: Mais um direito subtraído. Juízes para a Democracia, nº 47, dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/65\\_democracia47.pdf](http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/65_democracia47.pdf)> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

<sup>39</sup> Projeto de Lei nº 5.749/09. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=444365>> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

é mero efeito da sentença condenatória. Alexandre de Moraes afirma:

[...] que todos os sentenciados que sofrerem condenação criminal com trânsito em julgado estarão com seus direitos políticos suspensos até que ocorra a extinção da punibilidade, como consequência automática e inafastável da sentença condenatória<sup>40</sup>.

Também para José Afonso da Silva, a suspensão é um efeito secundário da sentença condenatória:

Pelo artigo 15 já é fácil concluir que dependem de decisão judicial a perda dos direitos políticos consequentemente o cancelamento da naturalização e a suspensão em virtude de incapacidade civil absoluta e de condenação criminal, porque em todos esses casos a medida é consequência de outro julgamento. Vem como um efeito secundário da sentença<sup>41</sup>.

Discorda-se deste posicionamento por entender que a suspensão do direito de votar não pode ser um mero efeito da condenação criminal, já que, de acordo com a legislação infraconstitucional, todos os direitos fundamentais da pessoa presa devem ser preservados, à exceção do direito à liberdade. Estes são direitos de natureza independente, não se comunicam e não apresentam nenhum vínculo ou grau de subordinação.

O atual Código Penal Brasileiro elenca e qualifica, de forma exhaustiva, cada um dos efeitos provocados pela condenação criminal – Artigos 91 e 92. Estes artigos não fazem qualquer menção à suspensão dos direitos políticos decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. A suspensão só poderia ser entendida como efeito da sentença condenatória se motivada e justificada de acordo com os preceitos estabelecidos na lei penal. Ora, é cediço que na seara penal não cabe interpretações além do texto legal como bem informa Guilherme de Souza Nucci:

[...] a analogia é um processo de autointegração, criando-se uma norma penal onde, originalmente, não existe. Nesse caso, não se admite a analogia *in malam partem*, isto é, para prejudicar o réu. Por outro

---

<sup>40</sup> MORAES. Alexandre de. *Op. cit.* Note 09.

<sup>41</sup> SILVA. José Afonso de. *Op. cit.* Note 10.

lado, somente em caráter excepcional a analogia *in bonam parte* (para beneficiar) deve ser utilizada em favor do réu<sup>42</sup>.

A lei ordinária se limita a determinar a perda do mandato eletivo, ou seja, do direito passivo, em casos de condenação criminal. Angélica de Maria Almeida, afirma que “[...] como prevê o artigo 93, inciso IX, da CF, a motivação da decisão judicial constitui garantia constitucional. Tem relevância no controle da atividade jurisdicional e representa forma de controle extraprocessual”<sup>43</sup>.

Por outro lado, a suspensão do direito de votar também não pode gozar de natureza condenatória como gostaria o Código Eleitoral Brasileiro<sup>44</sup>. Em seu artigo 71, inciso II, §2º, esta lei faz uso da palavra “pena” ao mencionar a suspensão dos direitos políticos da pessoa presa. Esse vocábulo, apesar de expor a real motivação que existe por trás da imposição constitucional, mostra-se totalmente equivocado e carente de fundamentação legal.

Esforçando-se para imaginar a remota possibilidade desta suspensão ser classificada como uma pena, entende-se que, neste caso, deveriam ser obrigatoriamente observados os princípios da ampla defesa e do contraditório como bem previa a antiga Constituição Brasileira<sup>45</sup>. Segundo Rodrigo Puggina, apesar da expressa menção ao termo pena:

[...] o Código Eleitoral é claro, no seu artigo 71, II, §2º, quando decreta que a autoridade que impuser **a pena de suspensão de direitos** políticos providenciará para que o fato seja comunicado ao juiz eleitoral ou Tribunal Regional Eleitoral (grifo nosso)<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

<sup>43</sup> MELLO DE ALMEIDA, Angélica de Maria. **Notas sobre o direito de votar do preso**. Juízes para a Democracia, nº 42, junho/agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia-n42.pdf>> Acesso em 20 de outubro de 2013.

<sup>44</sup> Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral Brasileiro.

<sup>45</sup> Indica-se a leitura do artigo 55, IV, §2º da CF/88, que prevê a suspensão do mandato do parlamentar que tiver condenação transitada em julgado, desde que verificado o direito de ampla defesa. É evidente a contraposição ao artigo 15, III, CF, vinculando o desrespeito ao princípio da isonomia, pois a fundamentalidade dos direitos políticos não deve incumbir em diferenciações justificadas pela imunidade parlamentar.

<sup>46</sup> PUGGINA, Rodrigo. **Voto dos presos e a suspensão de direitos políticos**: Novas perspectivas. Juízes para a democracia, nº 39, setembro/novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia%2039.pdf>> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

Fato é que não se pode criar uma pena através de Lei Complementar, sem que a mesma esteja previamente tipificada no corpo do Código Penal, em respeito ao princípio da legalidade: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. E não se pode falar em “pena”, porque o artigo 32 do Código Penal é taxativo ao delimitar as únicas penas possíveis no contexto da execução criminal brasileira, sendo elas: (I) privativas de liberdade, (II) restritivas de direito e (III) de multa<sup>47</sup>.

Sendo assim, conclui-se que a única e verdadeira natureza que reveste a suspensão do direito de votar das pessoas em situação de cárcere é a supressão arbitrária dos seus direitos fundamentais. Infelizmente, pode-se facilmente afirmar que, nos dias atuais, aos presos são negadas a quase totalidade das garantias previstas da Constituição Federal, ultrapassando, portanto, a questão dos direitos políticos.

Na prática, além da suspensão do direito de votar, são flagradas violações a outros princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da proporcionalidade, da convivência familiar, da proporcionalidade e da racionalidade. Neste sentido, Rodrigo Puggina afirma que a ocorrência da suspensão dos direitos políticos é algo lamentável:

Os juízes suspendem com um, no máximo, “Oficie-se o TER”. E mesmo que o magistrado não coloque isto na sentença, o escrivão, oficia automaticamente a Justiça Eleitoral. Só se poderia suspender direitos políticos se o magistrado fundamentasse esta suspensão, [conforme visto acima], permitindo a ampla defesa e o devido processo legal, e , ainda, que exista a previsão legal desta pena no crime praticado<sup>48</sup>.

Resta claro, portanto, que o próprio ordenamento jurídico não é uníssono em relação à matéria, nem à sua natureza jurídica. Sendo assim, passa-se à análise das temerárias consequências que advém desta violência institucional.

---

<sup>47</sup> Artigo 32 do Código Penal Brasileiro: “*As penas são: I. Privativas de liberdade; II. Restritivas de direitos e III. De multa*”.

<sup>48</sup> PUGGINA, Rodrigo. *Op. cit.* Note 48.

## 5. CONSEQUÊNCIAS DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

As violações acima narradas têm como principal consequência a impossibilidade de recolocação do egresso e do preso em regime semiaberto ou aberto no mercado de trabalho. Esta impossibilidade é motivada e causada pelo próprio Estado que suprime direitos e empurra o cidadão para a informalidade. “Na atualidade, mesmo que se esteja em regime aberto, a impossibilidade do alistamento eleitoral impede a obtenção do título eleitoral e capacidade de plena recolocação no mercado formal de trabalho”<sup>49</sup>.

Quando o preso progride e passa a cumprir sua pena em regime aberto, ele se depara com um mercado de trabalho fechado, preconceituoso, racista e excludente. O que parece mais contraditório é o fato de que o preso em regime aberto deve, por imposição judicial, trabalhar<sup>50</sup>.

As empresas e as agências de recrutamento exigem, no momento do cadastro do profissional, a apresentação de alguns documentos e, dentre eles: (1) Carteira de trabalho, (2) Cédula de identidade, (3) CPF e (4) Título de eleitor. Através de uma rápida pesquisa é possível identificar a situação em que se encontra o título de eleitor do profissional que pretende se cadastrar – ativo ou suspenso. Neste momento, ao suspeitar de uma eventual condenação criminal, as agências ou as empresas, interrompem o procedimento.

Entende-se que a suspensão do direito ao voto e, por consequência, do documento eleitoral, não passa de uma maneira eficiente e discreta de excluir e publicizar a vida pregressa do candidato. Atualmente, as empresas são obrigadas a dispensar a apresentação da Ficha de Antecedentes Criminais para não recair na prática de atos preconceituosos e ilegais. Porém, o maior inimigo daquele que teve uma sentença condenatória contra si é o próprio Estado que dificulta a reinserção do egresso e seu acesso ao trabalho formal.

Diante do cenário, conclui-se que ao negar o direito de votar e suspender arbitrariamente o título de eleitor de um cidadão até o cumprimento integral da sua pena, o Estado ativa a “porta giratória” das penitenciárias, já que direciona os condenados para profissões informais e, por muitas vezes, ilegais.

<sup>49</sup> DAMASCENO, João Batista e ZACCONE, Orlando. *Op. cit.* Note 38.

<sup>50</sup> Apesar do caráter discricionário da imposição judicial, identifica-se, empiricamente, que a maioria dos juízes estipula o prazo de 90 (noventa) dias para que os presos em regime aberto comecem a trabalhar formalmente.

## 6. CONCLUSÃO

Diante desta breve análise, pode-se afirmar que um dos maiores prejuízos decorrentes da suspensão dos direitos políticos é a subtração do exercício da cidadania. Conforme demonstrado, a cidadania pressupõe os direitos políticos de tal forma que a suspensão ou perda deste prejudica aquela. Neste mesmo sentido, Dalmo Dallari<sup>51</sup> atenta que aquele que “não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”. A prejudicialidade da cidadania converge para a concepção de subintegrados elucidada por Marcelo Neves<sup>52</sup>:

[...] embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitiva estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas.

Portanto, a impossibilidade do exercício dos direitos políticos, tidos como fundamentais, é pressuposto da condição da subcidadania, que por sua vez, contribui para a inoperância das estruturas do Estado Democrático de Direito.

A concessão do direito ao voto é útil para se considerar aqueles que foram esquecidos pela sociedade. O voto é um instrumento que consagra o princípio da igualdade de todos os cidadãos, além de ser uma importante ferramenta para o preso possa se fazer ouvir pelo poder público. Puggina defende que:

A história ensina que os nossos governantes se preocupam com os problemas de seus prováveis eleitores. Focam inertes à questão penitenciária, complacentes com a degradante situação, pois os condenados não “rendem” politicamente, são invisíveis políticos. O sistema prisional tem diversos problemas, mas um é crucial: o preso não vota<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> DALLARI, D. A. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1ª edição. São Paulo: Moderna, 1998.

<sup>52</sup> NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. In: Revista de Cultura e Política n° 37. São Paulo: Lua Nova, 1996, p. 94 a 107.

<sup>53</sup> PUGGINA, Rodrigo. *Op. cit.* Note 48.

A fim de que seja modificado este cenário, são identificados alguns possíveis e urgentes encaminhamentos. Faz-se necessária a mobilização, tanto das instituições públicas como da sociedade civil em torno de algumas estratégias legislativas e executivas. A Resolução do TSE nº 23.219/2010 é inaugural diante de suas proposituras. Apesar de ter sido pouco eficiente, esta resolução representa um grande avanço, porque são previstas sanções administrativas para aqueles que não cumpram suas medidas. Entende-se que o debate em relação às incoerências do artigo 15, III da Constituição Federal é urgente, a fim de garantir que os direitos e as garantias fundamentais saiam do plano da utopia.

Quanto ao direito do voto dos presos provisórios e dos adolescentes internados, assegurado constitucionalmente, é preciso que mobilizações sociais exijam a aplicação de sanções previstas em caso de descumprimento por parte do Estado. Neste momento, o foco é puxado para a importância da aprovação do projeto de lei nº 5749/09 que garante o direito de voto para adolescentes internados, prevê a responsabilização dos dirigentes dos estabelecimentos que não encaminharem as informações sobre a situação eleitoral dos adolescentes e qualifica como infração funcional grave a não adoção pelo Judiciário das medidas previstas, com a possibilidade, inclusive, de representação ao Conselho Nacional de Justiça. Poderão fazer esse papel o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil ou mesmo qualquer cidadão.

Outra questão importante quanto aos presos provisórios e aos adolescentes internados é a necessidade de mobilizar esta população, para que diante da instalação de seções eleitorais especiais estes desejem votar. Ocorre que o exercício do direito do voto depende da prévia manifestação de vontade do eleitor, não podendo ser imposto de maneira coercitiva. Logo, cabe aos órgãos envolvidos na matéria, bem como a sociedade civil a criação de campanhas para conscientização desta população.

Conclui-se que não há que se falar em suspensão de direitos políticos em um Estado Democrático de Direito, cujo pilar fundamental deveria ser o da igualdade. Tampouco é possível falar em supressão do direito de votar em uma República Federativa que deveria priorizar a soberania dos Direitos Humanos. Caso se insista em manter a suspensão do direito de votar dos presos, viver-se-á eternamente sob a ótica de um sufrágio, cuja universalidade é seletiva, discriminatória e capaz de provocar a separação entre cidadãos e não cidadãos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- ARAÚJO, Luiz Aberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- ASCOM/PCERJ. Polícia Civil garante o direito de voto a presos da carceragem de Nova Iguaçu. <<http://www.policiacivil.rj.gov.br/exibir.asp?id=5141>>
- Associação Juízes para a democracia. Relatório sobre a situação do direito de voto dos presos provisórios. 2008. <<https://www.google.com.br/#q=relatorio+sobre+o+direito+do+preso+provisorio+2008+ajd>>
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DALLARI, D. A. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1ª edição. São Paulo: Moderna, 1998.
- DAMASCENO, João Batista e ZACCONE, Orlando. **O Voto do preso no RJ: uma análise do processo eleitoral**. Juízes para a Democracia, n° 46, junho/novembro de 2008.
- DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório de junho de 2010**. <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>
- DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório de junho de 2012**. <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>
- DIAS, Rodrigues Wladimir. **Condenação Criminal e direito a voto**. In MARCHI JR., Antônio de Padova e PINTO, Felipe Martins (Org.). **Execução penal: Contratações, críticas, alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- EDITORIAL IBCCRIM. **Obrigatoriedade de voto do preso provisório**. Boletim IBCCRim n° 189. Agosto de 2008. <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/3695-Obrigatoriedade-de-voto-do-preso-provisorio](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3695-Obrigatoriedade-de-voto-do-preso-provisorio)>
- FELIPPE, Kenarik Boujikian. **Voto do adolescente internado: mais um direito subtraído**. Juízes para a democracia, n° 47, Dezembro de 2008. <[http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/65\\_democracia47.pdf](http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/65_democracia47.pdf)>

MARTINS SILVA, Carlos Eduardo Cunha. **A prerrogativa de sufrágio dos presos como radicalização da vontade democrática.** <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_08/anexos/a\\_prerrogativa\\_de\\_sufragio\\_dos\\_presos.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/anexos/a_prerrogativa_de_sufragio_dos_presos.pdf)>

MELLO DE ALMEIDA, Angélica de Maria. **Notas sobre o direito de votar do preso.** Juízes para a Democracia, n° 42, junho/agosto de 2007. <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia-n42.pdf>>

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito.** *In:* Revista de Cultura e Política, n° 37. São Paulo: Lua Nova, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** parte geral: parte especial. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 12ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

PUGGINA, Rodrigo. **Voto dos presos e a suspensão de direitos políticos:** novas perspectivas. Juízes para a democracia, n° 39, setembro/novembro de 2006. <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia%2039.pdf>>

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TSE - **Informes do Tribunal Superior Eleitoral.** <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>> e <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-presos-provisorios-tem-direito-assegurado-para-participacao-cidada-na-democracia>>

# DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM BASE EM SUAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS E A PROTEÇÃO AO SIGILO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO PESSOAL

---

*Por Maysa Amanda Aquino do Bú*



# DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM BASE EM SUAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS E A PROTEÇÃO AO SIGILO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO PESSOAL

*Maysa Amanda Aquino do Bú*

*(Graduada na Universidade Federal da Paraíba, advogada e Especialista em Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba)*

## RESUMO

Este artigo visa a responder se é lícito limitar as oportunidades profissionais, negociais e/ou sociais de uma pessoa a partir do resultado de um exame o qual diagnosticou que ela possui uma doença genética ou a simples propensão ao seu desenvolvimento; bem como, nessa esteira, investigar a licitude do acesso às informações genéticas de alguém contra sua vontade livre e esclarecida. Considerando a evolução dos direitos humanos, vislumbram-se os direitos a não discriminação genética e à privacidade genética. E, enquanto eles não se tornam realidade no ordenamento jurídico brasileiro, pretende-se resolver o problema levantado recorrendo-se à interpretação de normas vigentes a ele aplicáveis.

**Palavras-chave:** Discriminação Genética. Privacidade Genética. Direitos Humanos.

## ABSTRACT

This article intends to answer if it is legal to limit someone's professional, contractual and/or social opportunities based on the result of an exam which diagnosed that he/she has a genetic disease or the simple propensity to its development; and, relating to this, to investigate the legality of the access to someone's genetic information against his/her free and clarified will. Considering human rights evolution, the rights to genetic nondiscrimination and to genetic privacy are glimpsed. And, while they don't become a reality in brazilian's legal system, we intend to solve the raised problem by the interpretation of current norms applicable to it.

**Keywords:** Genetic discrimination. Genetic privacy. Human rights.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA 2.1 Instrumental normativo internacional relacionado ao tema 2.2 Combate à discriminação genética nos instrumentais normativos comunitário e estrangeiro 3. ENFRENTAMENTO DA TEMÁTICA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 3.1 Constituição Federal de 1988 3.2 Código Civil e direitos de personalidade 3.3 Aplicação da interpretação de outros instrumentos normativos 4. CONCLUSÃO

### 1. INTRODUÇÃO

Tratar-se-á, no presente texto, do atual e polêmico tema da discriminação baseada nas características genéticas do indivíduo, bem como do devido acesso aos dados genéticos das pessoas, de modo a evitar tal prática excludente.

Com os avanços da Biotecnologia ao longo dos anos, sobretudo o proporcionado pelo Projeto Genoma Humano, hoje é possível fazer análises do código genético humano as quais, além de cada vez mais acessíveis, são cada vez mais detalhadas, podendo não só diagnosticar doenças genéticas, como também a predisposição para o desenvolvimento de algumas delas. Os primeiros testes genéticos preditivos chegaram ao Brasil no final da década de 80.

O aperfeiçoamento e a tendente popularização de ferramentas genéticas trazem consigo o perigo de discriminação genética, praticada quando, por exemplo, baseando-se no resultado de um exame genético de uma pessoa, empresas de seguro ou de plano de saúde negam-lhe cobertura ou cobram-lhe mais por esta, e empregadores não a contratam, demitem-na ou deixam de promovê-la.

Nas discussões no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), uma das maiores preocupações é conciliar os direitos humanos fundamentais com o desenvolvimento tecnológico na área da Genética, dada a grande potencialidade das descobertas desta afetarem os seres humanos, o que chama atenção para a necessidade de controle do seu uso.

A grande evolução técnico-científica que o mundo vem experimentando, em especial nos ramos da Biologia e da Medicina, faz com que nos deparemos com substanciais questões de diferentes cunhos, desde religioso, ético e moral até cultural, social, jurídico e econômico.

Realidades absolutamente novas apresentam-se, suscitando debates e despertando-nos para a necessidade de um instrumental jurídico apto a lidar com elas, de tal modo que se impeça a sobreposição do progresso científico à dignidade da pessoa humana. A fim de analisar esse novo quadro social, é essencial que o jurista tenha conhecimento sobre ele.

Nesse contexto, dá-se a importância deste artigo. E, na busca da solução da problemática nele suscitada, trabalha-se justamente com a hipótese de prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Enquanto a Bioética debruça-se sobre as mencionadas questões éticas decorrentes do avanço da ciência, buscando conciliar os conhecimentos biomédicos e os valores humanos, o Biodireito, regulamentando as condutas preconizadas pela Bioética, cuida de adequar o ordenamento jurídico aos dilemas jurídicos que também surgem com esse progresso. A adaptação do Direito às novas realidades sociais reflete sua abertura a uma constante evolução.

Entendendo, pois, que alguns direitos humanos podem decorrer de construções sociais, é possível vislumbrar, em face das novas necessidades humanas resultantes da referida evolução biotecnológica, os direitos humanos a não discriminação genética e à privacidade genética. E, enquanto eles não são positivados no Direito brasileiro, intenta-se responder ao problema aqui proposto por meio da aplicação dos cabíveis direitos já exigíveis.

## 2. DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

Os pesquisadores Cristiano Guedes e Débora Diniz, em artigo da *Physis: Revista de Saúde Coletiva*,<sup>1</sup> no qual tratam de um caso em que uma jogadora foi excluída da seleção oficial brasileira de vôlei em virtude de uma de suas características genéticas, trazem diferentes conceitos de discriminação genética, segundo os quais esse é um neologismo usado para descrever o novo fenômeno moral e sociológico provocado pela evolução dos diagnósticos genéticos: a discriminação da pessoa devido a características individuais ou familiares presentes em seu genótipo (em sua configuração genética), ou, em outras palavras, a opressão do indivíduo por causa do seu patrimônio genético.

---

<sup>1</sup> GUEDES, Cristiano; DINIZ, Débora. **Um caso de discriminação genética:** o traço falciforme no Brasil. *Physis. Revista de Saúde Coletiva*. V. 17. N. 3. Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social da UERJ, 2007, p. 503 e 511.

Já o doutrinador Francisco Vieira Neto<sup>2</sup> conceitua a discriminação genética dos seguintes modos:

Essa conduta, que se constitui em um novo tipo de preconceito, vem sendo denominada discriminação genética ou discriminação por motivos genéticos, e se conceitua como um tratamento inigualitário ao qual um ser humano é submetido porque não possui um conjunto de genes rotulado como ideal ou desejável pelo Estado ou por grupos privados, lhe sendo negado o direito de participar de certas relações jurídicas e sociais, tais como contrato de seguro-saúde, contrato de trabalho, e obter benefícios estatais, como financiamentos públicos para educação e participação em treinamentos. [...] Conceituamos esse novo preconceito como a conduta discriminatória, em geral por parte do Estado ou de grupos empresariais, que se manifesta como um reducionismo genético da pessoa humana, que passa a ser considerada exclusivamente como um objeto resultado da ação do conjunto de genes que possui, os quais têm a probabilidade de causar doenças e determinar comportamentos que não são de interesse daqueles grupos ou entes estatais.

Denise Hammerschmidt<sup>3</sup> atenta para o fato de que o uso dos diagnósticos genéticos preditivos pode gerar um grupo novo e irreal de indivíduos. Afinal, estes não são propriamente enfermos, mas já são discriminados antes mesmo da manifestação do seu genótipo, como bem lembra Javier Blázquez Ruiz.<sup>4</sup>

Ao ser vítima de discriminação genética, a pessoa é rebaixada ao mero *status* de coisa, importando apenas que sua carga genética não tenha se enquadrado no tipo ideal arbitrariamente imposto por determinados agentes sociais, e sendo seu destino simplesmente determinado pelas características de que lhe dotou a natureza, desconsiderando-se todos os complexos fatores educacionais, ambientais e pessoais que influenciam na sua identidade, além dos seus laços afetivos, sociais, espirituais e culturais com outras pessoas, traços que vão além de sua configuração genética característica.

<sup>2</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética**: uma nova expressão dos direitos de personalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 4 e 62.

<sup>3</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito e discriminação genética**. Disponível em: <<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2010, p. 10.

<sup>4</sup> BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. **Derechos Humanos y proyecto genoma**. Granada: Comares, 2001, p. 169. *In*: HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito e discriminação genética**. Disponível em: <<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2010, p. 10.

Nessa esteira, Luis Archer<sup>5</sup>, professor da Faculdade de Ciências e Tecnologias da Universidade Nova de Lisboa, considerando a técnica empregada para a obtenção de diagnósticos genéticos, lança ao debate as seguintes questões:

Haverá uma rotulação e marginalização dos indivíduos que estejam geneticamente predispostos a comportamentos socialmente indesejáveis?  
**Passaremos a julgar as pessoas pelos genes que possuem e não por aquilo que são e fazem?** A nossa democracia se transformará em uma genocracia?  
(grifo nosso)

Javier Sánchez-Caro e Fernando Abellán<sup>6</sup> entendem o reducionismo como a interpretação da realidade humana unicamente com base na informação genética, simplificando-se, equivocadamente, a complexidade da vida humana, ao entendê-la apenas a partir da dimensão da informação genética e descartar várias outras dimensões muito importantes, a exemplo das ambiental, social e cultural. Ligado ao reducionismo está o determinismo, o qual consiste em aceitar que os genes determinam o comportamento do homem, como se fosse certeza científica o conhecimento parcial ou probabilístico que proporcionam.

Uma das equipes do Projeto Genoma Humano responsabiliza-se pela discussão dos impactos éticos e sociais dessa pesquisa, tendo um dos seus membros, o norte-americano Ronald Green, no 3º Congresso Nacional de Bioética, realizado em Porto Alegre (em 2000), atentado para o perigo de generalização da prática de discriminação com base nos genes do indivíduo, principalmente por parte de empregadores e companhias de seguro de vida e de saúde.

Um dos estudos do Projeto Diretrizes (o qual é resultado de parceria entre o Conselho Federal de Medicina e a Associação Médica Brasileira)<sup>7</sup> aponta o perigo de estigmatização e discriminação advindo da realização de determinados exames genéticos:

---

<sup>5</sup> ARCHER, Luis. **Genética e pessoa humana**. Coimbra: Centro de Estudos de Bio-Ética, 1991, p. 8. *In*: LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética**: uma nova expressão dos direitos de personalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.146.

<sup>6</sup> SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando. **Datos de salud y datos genéticos**: su protección en la Unión Europea y en España. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 126. *In*: HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito e discriminação genética**. Disponível em: <<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2010, p. 8.

<sup>7</sup> SOCIEDADE BRASILEIRA DE GENÉTICA CLÍNICA. Projeto Diretrizes, sobre **Genética médica**: teste laboratorial para diagnóstico de doenças sintomáticas, elaborado em 05 de setembro de 2004, p.6.

A possibilidade de estigmatização ou discriminação de indivíduos cujo teste revele alguma alteração genética já é fato conhecido na história da genética médica mundial e brasileira. São grandes também as preocupações dos médicos geneticistas quanto ao risco de discriminação por parte de empresas de seguro de saúde e de vida, bem como de outras instituições públicas e privadas, a partir do resultado de determinados testes genéticos.

João Sebastião de Oliveira e Hammerschmidt<sup>8</sup> afirmam que o progresso científico em matéria de conhecimento do genoma humano coloca em alerta o homem do século XXI sobre sua vulnerabilidade como dono do seu destino, já que o conhecimento por terceiros de sua singularidade genética pode resultar em perigosas interferências no âmbito de sua vida privada e social e no perigo de discriminações genéticas.

Em artigo no qual trata da discriminação genética como uma ameaça ao trabalhador, Antônio Carlos Alves de Araújo<sup>9</sup> afirma ser possível que a decifração do código genético humano torne-se ferramenta de discriminação em diversos setores da sociedade, em especial nas relações de trabalho. E acrescenta que, desde o início do Projeto Genoma Humano, esse tipo de discriminação já era previsto, inclusive pelo próprio dono da empresa *Celera Genomics* (uma das protagonistas do projeto), Graig Venter.

Charles Sykes<sup>10</sup> lembra que, na história da humanidade, há exemplos de discriminação genética, como a baseada na cor da pele, que é uma expressão externa de características genéticas. Todavia, com o acesso que temos hoje à informação genética, a estratificação genética da população baseia-se na predisposição para doenças e para morte prematura, como ressalta Gostin.<sup>11</sup>

Além do exemplo de discriminação genética no esporte, Guedes e Diniz<sup>12</sup> citam, em seu referido artigo, a discriminação por parte de empresas seguradoras de vida, empresas de seguro de

---

<sup>8</sup> OLIVEIRA, João Sebastião de; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Genoma humano: eugenia e discriminação genética**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose\\_sebastiao\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_sebastiao_de_oliveira.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2010, p. 176.

<sup>9</sup> ARAÚJO, Antônio Castro Alves de. **Discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

<sup>10</sup> SYKES, Charles J. **The end of privacy**. Nova York: St. Martin's Griffin, 1999, p. 131. *In*: DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS, 2008, p. 170.

<sup>11</sup> GOSTIN, Lawrence O.; AREEN, Judith; KING, Patricia A.; GOLDBERG, Steven; JACOBSON, Peter D. **Law, Science and Medicine**. Nova York: Foundation Press, 2005, p. 87. *In*: DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS, 2008, p. 171.

<sup>12</sup> GUEDES, Cristiano; DINIZ, Débora. *Op. cit.* Nota 1, p. 519.

saúde, empregadores, forças armadas e instituições educacionais.

Ao tratar da sujeição do ser humano a possíveis efeitos discriminatórios do exame genético, Reinaldo Pereira e Silva<sup>13</sup> também menciona a possibilidade de discriminação genética em meio às relações de emprego e quando da contratação de seguro de vida.

O interesse nas informações genéticas de empregados e a discriminação genética nas relações de trabalho têm, de acordo com Rodrigo Bernardes Dias<sup>14</sup>, fortes motivos econômicos, uma vez que os empregadores limitam-se a considerar que trabalhadores doentes produzirão menos, que haverá gastos para substituí-los e treinar novos trabalhadores, que a empresa poderá ter que suportar custos de seguros e tratamentos de saúde, e que determinados atributos pessoais dos empregados, influenciados pelos genes, não são interessantes para a empresa.

Também por severas razões econômicas as seguradoras interessam-se nas informações genéticas de seus segurados e dá-se a discriminação genética no âmbito dessas empresas. Afinal, enquanto atividade de risco por natureza, as seguradoras já trabalham com a possibilidade de gastos para prover os clientes que vierem a acionar o seguro, despesa que, contudo, é coberta pelo que os demais segurados pagam, num verdadeiro rateio de ônus. Ainda assim, elas visam a ter o mínimo de custos e, conseqüentemente, o máximo de lucro possível. Desse modo, camuflam seus reais interesses na suposta necessidade de informação para planejamento. Nessa linha, vejamos entendimento de Sheila A. M. Mclean<sup>15</sup>:

Já às seguradoras interessa sobretudo aumentar ao máximo os benefícios e minimizar os riscos. Ainda que os fundamentos mesmos do seguro sejam a aceitação e a repartição de riscos não previsíveis, existe uma linha de argumentos, perfeitamente plausível, segundo a qual esse setor, do qual dependemos cada vez mais, deveria ter direito à informação mais completa possível, antes de avaliar os riscos ou calcular os prêmios. **No entanto, tal como ocorre com o emprego, o temor a essas demandas é a discriminação ulterior.** Pela mesma razão, teme-se que os argumentos, que em princípio se baseiam na boa-fé e na possibilidade de escolha, sejam aplicados, por extensão, à necessidade de informações dessas companhias, e que elas estabeleçam um sistema de exames obrigatórios, suprimindo o princípio da liberdade de escolha. (grifo nosso)

<sup>13</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003, p. 34.

<sup>14</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS, 2008, p. 202-203.

<sup>15</sup> MCLEAN, Sheila A. M. **A regulamentação da Nova Genética**. In: CASABONA, Carlos María Romeo. **Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 151.

## 2.1 Instrumental Normativo Internacional Relacionado ao Tema

Em 16 de outubro de 2003, em sessão da Conferência Geral da UNESCO, foi aprovada a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, com o fulcro principal de proteger os dados genéticos da pessoa, em especial quando do seu recolhimento, utilização e conservação; garantindo, em consequência, o respeito a direitos fundamentais do indivíduo. Ela afirma, em seu artigo 14, que o acesso a tais dados não deve alcançar terceiros (particularmente companhias de seguro, empregadores e instituições de ensino), salvo por relevante motivo de interesse público restritivamente previsto pelo direito interno, em consonância com os direitos humanos do direito internacional; ou tendo havido prévio, livre, esclarecido (com informação acerca de riscos e consequências) e expresso consentimento da pessoa, o qual, a teor do artigo 9º, revogável a qualquer momento, a partir de quando os dados eventualmente obtidos não mais poderão ser usados.

Além disso, estabelece, em seu artigo 7º, que deverão ser feitos todos os esforços a fim de impedir o uso de modo discriminatório dos dados genéticos. Nesse sentido, em seu artigo 3º dispõe contra o reducionismo genético, estabelecendo que a identidade humana não deve ser limitada a seus traços genéticos, sob consideração da influência de fatores externos na formação do indivíduo.

Destaquemos, ainda, que tal Declaração, em seu artigo 5º, restringe o uso de informações genéticas a hipóteses de cuidados de saúde, pesquisas médicas e científicas, procedimentos legais (medicina legal, processos civis e penais etc.), e outras hipóteses com fins compatíveis com o direito internacional dos direitos humanos. Para esses usos, é também necessário consentimento prévio, livre, informado e expresso, só podendo haver alteração de uso mediante outro consentimento ou com base em interesse público respaldado pelos direitos interno e internacional, conforme artigo 16.

O Brasil comprometeu-se internacionalmente a adotar os princípios dessa Declaração, tendo a delegação brasileira exposto, entre outras preocupações, a necessidade de gerir os riscos ligados à coleta, ao processamento e à estocagem de dados genéticos.

Segundo Dias<sup>16</sup>, nos moldes adotados pela Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, a privacidade genética consubstancia-se na adoção do princípio da autodeterminação informativa dos indivíduos, que lhes atribui amplo poder sobre suas informações genéticas, visando a impedir a utilização destas para quaisquer fins contrários aos princípios de

<sup>16</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. *Op. cit.* Nota 14, p. 162 e 167.

direitos humanos fundamentais universalmente aceitos. Assim, é garantido que o indivíduo possa controlar quem tem acesso a suas informações genéticas e qual uso fará delas, no interesse de diminuir as possibilidades de discriminação.

Na Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Direito, Bioética e Genoma Humano (Santiago, 29 de agosto de 2001)<sup>17</sup>, consta preocupação com a privacidade genética, estabelecendo-se que a informação genética da pessoa não pode ser revelada a terceiros sem seu expreso consentimento (artigo 4º, f); bem como preocupação com a liberdade em face da realização das provas genéticas, que devem suceder consentimento livre e informado (artigo 5º, d).

A Recomendação 1512 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa<sup>18</sup>, adotada em 25 de abril de 2001, aborda a aplicação de testes genéticos preditivos e a divulgação dos diagnósticos obtidos, pondo em questão, quanto a estes, se parentes do examinado, escolas, companhias de seguro e empregadores teriam direito de usá-los.

Visando a uniformizar os requisitos mínimos de adequação ética para o uso de métodos diagnósticos e de tratamento, a Organização Mundial de Saúde, em 1998, propôs Diretrizes Internacionais para Aspectos Éticos em Genética Médica e Serviços de Genética<sup>19</sup>, contendo, entre outros princípios, a prevenção, em emprego, seguros ou sistema escolar, de discriminação baseada em informação genética.

Ademais, tais diretrizes dispõem que a confidencialidade dos resultados dos testes genéticos deve ser garantida, não devendo empregadores, seguradores, escolas ou outras instituições ter acesso a eles (ainda que com o consentimento do examinado), nem sequer saber que a pessoa foi testada; além de deverem ser levados à Justiça caso tentem forçar alguém a revelar resultado. O documento traz, ainda, previsão de aconselhamento genético e consentimento livre e informado antecedendo a realização de teste genético.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (adotada na UNESCO, em 11 de novembro de 1997, e endossada pela Organização das Nações Unidas em 09 de dezembro de 1998)<sup>20</sup> traz prescrição de acordo com a qual, independentemente de suas características genéticas, todos têm direito ao respeito de seus direitos humanos e sua dignidade,

---

<sup>17</sup> Fruto de uma segunda revisão da Declaração de Manzanillo, de 1996 (tendo sido a primeira revisão em Buenos Aires – 1998).

<sup>18</sup> Original em <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta01/EREC1512.htm>>.

<sup>19</sup> Original em <<http://www.who.int/genomics/publications/en/ethicalguidelines1998.pdf>>.

<sup>20</sup> Sua adoção foi o primeiro grande sucesso do Programa de Bioética da UNESCO, o qual seguiu tendo êxito e adotou, em 2003, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, e, em 2005, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

fazendo esta com que a não redução dos indivíduos a suas características genéticas e o respeito a sua singularidade e a sua diversidade sejam imperativos (artigo 2º).

Além disso, estabelece, em seu artigo 6º, que:

ninguém será sujeito a discriminação baseada em suas características genéticas que vise infringir ou exerça o efeito de infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana.

Contém, ainda, previsões de confidencialidade (manutenção em sigilo de dados genéticos armazenados - artigo 7º) e de postura solidária do Estado para com os afetados por doença genética (artigo 17). Destaquemos, também, em tal Declaração, as obrigações de consentimento livre e esclarecido antecedendo pesquisa, diagnóstico ou tratamento; e de avaliação prévia e rigorosa dos riscos e benefícios destes (artigo 5º).

A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina<sup>21</sup> (assinada pelo Conselho da Europa, em 04 de abril de 1997, em Oviedo, Portugal) vislumbrou a protecção dos direitos do homem em face das aplicações da Biologia e da Medicina. Assim, por exemplo, em seu artigo 11, a Convenção proíbe toda forma de discriminação de uma pessoa em razão de sua composição genética, e, em seu artigo 12, limita a realização de testes genéticos preditivos a hipóteses com fins médicos ou de investigação, desde que haja apropriado aconselhamento genético. Nessa esteira, o artigo 5º do referido diploma condiciona qualquer intervenção no domínio da saúde da pessoa ao consentimento prévio, livre e esclarecido<sup>22</sup> desta, passível de retirada a qualquer tempo. Enfatize-se, ademais, o teor do item 1 do artigo 10 do documento em causa, qual seja: “1 – Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde”.

Em 1993, ocorreu a Reunião Internacional sobre Direito ante o Projeto Genoma Humano, em Bilbao, Espanha, evento do qual resultou a Declaração de Bilbao<sup>23</sup>, em que há previsão de impossibilidade de utilização de dados genéricos aptos a gerar discriminação nos âmbitos laboral, de seguro ou qualquer outro, bem como previsão da intimidade genética como patrimônio exclusivo da pessoa, só podendo nela interferir-se com fins terapêuticos ou científicos,

---

<sup>21</sup> Também chamada de Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, Convenção Europeia de Bioética, ou, simplesmente, Convenção de Oviedo.

<sup>22</sup> Após informação adequada sobre a natureza, a finalidade, os riscos e benefícios da intervenção.

<sup>23</sup> Original em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2291/35.pdf>>.

após consentimento informado e com controle legal.

Realce-se, ademais, a Recomendação n. R (92) 3 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa<sup>24</sup>, de 10 de fevereiro de 1992, sobre testes genéticos para fins de saúde, que, considerando o perigo de discriminação que pode resultar da informação genética, prescreve a obediência a princípios voltados para o esclarecimento e a autodeterminação das pessoas testadas, e para a proteção dos dados genéticos pessoais. Além disso, estabelece que a admissão ou a continuação no emprego, bem como a celebração ou modificação de contratos de seguro, não devem depender da realização de testes genéticos.

## **2.2 Combate à Discriminação Genética nos Instrumentais Normativos Comunitário e Estrangeiro**

Prosseguindo na busca por instrumental normativo relacionado com discriminação genética, verificamos a existência, no Direito Comunitário Europeu, da Resolução sobre os Problemas Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética (adotada em 16 de março de 1989, pelo Parlamento Europeu), a qual já trouxe proibição de seleção de trabalhadores com base em critério genético (item 14). Além disso, impede exames genéticos dos trabalhadores antes de sua contratação e estabelece que aqueles só sejam efetuados voluntaria e esclarecidamente, limitando-se o conhecimento dos seus resultados aos interessados, e punindo-se criminalmente as violações ao exposto (itens 16 e 17). Ainda, rechaça o direito das seguradoras de terem acesso a análises genéticas dos clientes, antes ou depois da assinatura do contrato de seguro, de modo que aquelas não se tornem condições para este (itens 19 e 20).

Ainda no âmbito do Direito Comunitário Europeu, mencionemos a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (assinada em Estrasburgo, França, em 12 de dezembro 2007), cujo artigo 21 proíbe a discriminação da pessoa em razão de suas características genéticas.

Como consequência da possibilidade de a discriminação genética tornar-se uma das substanciais questões sociais deste século, consoante observado por uma série de pesquisadores, alerta-se para a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas que coíbam tal mal.

Foi justamente nesse contexto que, em 2008, o Congresso dos Estados Unidos aprovou uma lei vedando a discriminação genética, conhecida como GINA, *Genetic Information*

---

<sup>24</sup> Original em <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=573883&SecMode=1&DocId=601492&Usage=2>>.

*Nondiscrimination Act (Public Law 110-233*, de 21 de maio de 2008), a qual, segundo artigo de Costa Machado<sup>25</sup>, professor da Faculdade de Direito da USP, proíbe que seguradoras de saúde neguem cobertura ou cobrem mais de pessoas com predisposição genética para o desenvolvimento de doenças, bem como que empregadores considerem informações genéticas quando da contratação, demissão ou promoção de pessoas.

Além disso, a lei veda que seguradoras de saúde e empregadores exijam de potenciais segurados e empregados a submissão a teste genético, e proíbe, ainda, que seguradoras de saúde comprem ou obtenham de alguma forma as informações genéticas de seus segurados (afinal, a discriminação genética advém do mau uso de dados genéticos).

Assim, as pessoas ficam livres para somente exporem-se aos impactos psicológicos de um teste genético preditivo caso estejam interessadas nos benefícios que este pode proporcionar, apontados pela Medicina Preventiva (como tratamento precoce, quando possível, em prol do aumento das expectativas e qualidade de vida do indivíduo). E poderão fazer isso sem medo de retaliações. O que é extremamente importante diante do fato de muitas pessoas, por receio de que os dados obtidos sejam usados de forma a prejudicá-las, deixarem de fazer exames genéticos nos quais vislumbram benefícios.

Verifica-se, na França, a existência da Lei n. 2002-303, de 04 de março de 2002, a qual, por meio do seu artigo 4º, inciso I, incluiu o parágrafo 13 no artigo 16 do Código Civil desse país, estabelecendo que, em razão de suas características genéticas, ninguém pode servir de motivo de discriminações: “Art. 16-13 *Nul ne peut faire l’objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques*”. Além disso, tal lei (*Loi Relative au Droit des Malades et à la Qualité du Système de Santé*, sobre os direitos dos pacientes à qualidade do sistema de saúde) alterou o artigo 225 do Código Penal francês, acrescentando aos delitos a discriminação em razão de características genéticas.

Há, ainda, na França, a Lei n. 94-653, de 29 de julho de 1994, a qual incluiu o parágrafo 10 no artigo 16 do Código Civil francês, limitando a utilização de informação genética e, conseqüentemente, protegendo a privacidade genética e diminuindo a possibilidade de discriminação genética, nos seguintes termos: “Art. 16-10 O estudo genético das características de uma pessoa somente pode ser utilizado para fins médicos ou de pesquisa científica. O consentimento da pessoa deverá ser obtido anteriormente à realização do estudo.”.

---

<sup>25</sup> MACHADO, Costa. **O Direito e o sigilo de nosso patrimônio genético**. Disponível

em: <<http://vejaonline.abril.com.br/noticia/servlet/newstorm.ns.presentation>.

NavigationServlet?publicationCode=1&pageCode=1301&textCode=145788&date=currentDate>. Acesso em: 06 out. 2008.

Na Áustria, o artigo 71 da Lei de Técnicas Genéticas<sup>26</sup>, de 12 de julho de 1994, prevê que sejam mantidos em segredo os dados obtidos em testes genéticos, limitando-se seu conhecimento ao analisado e ao analisador, salvo se houver autorização expressa daquele para fornecimento a terceiros. Assim, ao tutelar a privacidade genética, favorece a não ocorrência de discriminação genética.

Na Suíça, uma emenda constitucional de 18 de abril de 1999 introduziu ao artigo 119 da Constituição desse país a determinação de que o patrimônio genético de uma pessoa só pode ser analisado, registrado ou divulgado com seu consentimento ou em virtude de determinação legal. Observe-se que, diferentemente, a Constituição Federal do Brasil não dispõe de modo expreso sobre privacidade genética.

Em Buenos Aires, na Argentina, a Lei 421, de 27 de junho de 2000<sup>27</sup>, proíbe discriminações com base em informações genéticas, realização de testes genéticos pré-ocupacionais ou para empresas de medicina pré-paga e seguradoras, e divulgação de informações genéticas sem autorização judicial ou do próprio interessado.

Em que pese o fato de, no Brasil, não haver lei federal especificamente sobre discriminação genética e acesso não autorizado ao resultado de exame genético (apesar de tramitarem, há anos, diferentes projetos de lei relativos ao tema<sup>28</sup>, e de já existir lei com essa temática no Estado do Rio de Janeiro – Lei n. 4141, de 26 de agosto de 2003<sup>29</sup>), nem disposição constitucional expressa nesse sentido, há, no ordenamento jurídico brasileiro como um todo, normas que nos permitem enfrentar essas questões, conforme se passa a analisar.

---

<sup>26</sup> Em português em CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito:** sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 67.

<sup>27</sup> Original em <<http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley421.html>>.

<sup>28</sup> No que concerne aos referidos projetos de lei, destacamos o Projeto de Lei n. 4610/1998, com o qual tramitam em conjunto outros oito projetos, abordando, entre outras coisas, tipificação de crimes decorrentes de discriminação genética e de obtenção, uso e transmissão de informação genética fora das hipóteses ou condições devidas.

<sup>29</sup> Tal lei dispõe sobre confidencialidade dos dados genéticos no âmbito desse Estado, garantindo, em especial, a impossibilidade de discriminação genética por empregadores e instituições de ensino.

### 3. ENFRENTAMENTO DA TEMÁTICA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

#### 3.1 Constituição Federal de 1988

Ao abordar o tema desta pesquisa, Carlos Maria Romeo Casabona<sup>30</sup> questiona, a princípio, a sujeição a exames genéticos e o acesso ao resultado destes contra a vontade do indivíduo, em contraposição à liberdade e à privacidade. Em seguida, contrapõe igualdade e solidariedade à discriminação nas relações privadas ou na sociedade devido a informações genéticas. Acrescenta, ainda, a necessidade de rigor no sigilo destas, bem como relaciona o direito a não saber com o direito à proteção da vida privada.

Levantados tantos direitos fundamentais, passamos a verificar o enfrentamento da temática do presente trabalho pela Constituição Federal de 1988, o que é perfeitamente possível em face da previsão do seu artigo 5º, parágrafo 2º, de que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que seja parte a República Federativa do Brasil; como é o caso dos direitos a não discriminação genética e ao sigilo do patrimônio genético pessoal.

A inferiorização de quem apresenta alteração genética é conduta absolutamente incompatível com o que preconiza o direito constitucional brasileiro. É base para essa incompatibilidade o fato de a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Nos casos de discriminação genética, a potencial doença do corpo é um símbolo de estigmatização incorporado à identidade do examinado, que passa a ser considerado incapaz, o que, certamente, tem implicação direta e forte sobre sua autoestima. Flagrantes são, pois, o

<sup>30</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. **Biotecnologia, direito e bioética**: perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 27 e 41.

desrespeito à pessoa sujeita a discriminação genética e a consequente violação aos valores espiritual e moral a ela inerentes.

É inadmissível que se proceda a um reducionismo genético, selecionando a pessoa humana como se sua identidade se limitasse ao seu conjunto de genes, e excluindo quem não é do interesse do ente estatal ou privado como se fosse objeto.

Também é justificativa da mencionada incompatibilidade o fato de a República Federativa do Brasil ter como escopo, entre outras coisas, a construção de uma sociedade solidária, livre e justa, e a promoção do bem comum, sem qualquer forma de discriminação, assim dispondo a Constituição:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como construir uma sociedade solidária, justa e livre discriminando pessoas por suas características genéticas? Dentre as mencionadas formas de discriminação que se tem como objetivo afastar, é perfeitamente possível enquadrar, inclusive, a discriminação por motivo de saúde.

A nossa Constituição prevê, além disso, o direito fundamental à igualdade, que, no seu sentido formal, estabelece direito a tratamento idêntico pela lei a todos os cidadãos, não devendo haver diferenciações arbitrárias entre as pessoas<sup>31</sup>, consoante segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

---

<sup>31</sup> Não se pode, contudo, esquecer que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida de sua desigualdade (o que é conhecido como igualdade material ou isonomia substancial), não lesa o princípio da igualdade de direitos. Pelo contrário, vai ao encontro do que almeja a justiça, já que o princípio discriminador aqui é empregado para atingir fim acolhido pelo direito, a igualdade de condições sociais.

Destaque-se, ainda, instrumento de proteção ao princípio da igualdade, constante de um dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal: “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”.

Embora não haja disposição na Constituição relativa especificamente à discriminação por motivos genéticos no trabalho, é no sentido antidiscriminatório que dispõem artigos constitucionais relacionados aos trabalhadores urbanos e rurais da iniciativa privada, bem como a servidores públicos. É o que se depreende dos dispositivos seguintes:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

**XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;**

**XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;**

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

**VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;**

(grifo nosso)

No já colacionado *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, prevê-se, além disso, a inviolabilidade do direito à liberdade. Como, portanto, admitir o acesso a dados genéticos de uma pessoa contra sua vontade? Ainda, na esteira da indagação realizada quando da abordagem dos objetivos da República Federativa do Brasil, como construir uma sociedade livre, justa e solidária ignorando se a pessoa quer ou não que informações sobre sua condição genética cheguem ao conhecimento de outros?

Tal postura arbitrária vai de encontro, ademais, aos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, também contidos no artigo 5º da Constituição, senão vejamos: “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;”.

Verifica-se que o disposto nesse inciso salvaguarda à pessoa um espaço íntimo intransponível e considera ilícitas intromissões externas, ensejando, inclusive, uma vez violados tais direitos, a possibilidade de pleitear-se condenação judicial ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Considerando que a divulgação do resultado de uma análise genética pode abalar significativamente o estado psicológico do examinado e modificar o olhar da sociedade sobre ele, referimo-nos, aqui, tanto ao aspecto objetivo da honra (ligado ao que a sociedade pensa da pessoa), quanto, sobretudo, ao subjetivo (relacionado à autoestima, ao que a pessoa pensa dela mesma); do mesmo modo que a imagem supramencionada não só é a propriamente dita (imagem retrato), mas também, e principalmente, a imagem entendida como atributo, como reputação social, semelhantemente à honra objetiva.

Complementando o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tem-se a inviolabilidade do sigilo de dados, prevista no inciso XII:

Art. 5º [...]

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, **de dados** e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (grifo nosso)

As duas previsões de privacidade, tanto a do inciso X quanto a do XII, regem-se pelo princípio da exclusividade, o qual, segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior<sup>32</sup>, pretende assegurar ao indivíduo:

[...] sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo, e que não é guiado nem por normas nem por padrões objetivos.

---

<sup>32</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Sigilo de dados**: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, 1992. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 59.

No recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos direitos.

A inviolabilidade do sigilo de dados também compõe o rol de direitos que podem embasar a necessidade de sigilo das informações constantes de bancos de dados de laboratórios que realizam exame de DNA. O dispositivo é fundamento, portanto, para que só o examinado tenha acesso ao resultado do seu teste genético, e para que, conseqüentemente, não haja disponibilização de suas informações pelo laboratório, protegendo-se os dados genéticos da pessoa, tudo em consonância com uma das faces do chamado direito de não saber, além de com a dignidade da pessoa humana e os direitos à liberdade, vida privada, intimidade, imagem e honra.

### 3.2 Código Civil e Direitos de Personalidade

Identificando-se com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, temos os direitos de personalidade (exemplificados, e não taxativamente elencados, nos artigos 11 a 21 e no artigo 52 do Código Civil), os quais são inerentes à condição de pessoa e projetam o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ao dar ênfase à figura do Direito Civil Constitucional, Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>33</sup> trata da pluridisciplinaridade dos direitos de personalidade, já que no âmbito constitucional são espécies do gênero direitos fundamentais, e na ótica civil compreendem direitos inatos da pessoa os quais prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados.

Nas palavras de Silvio Romero Beltrão<sup>34</sup>, os direitos de personalidade definem-se: “como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas.”.

---

<sup>33</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos de personalidade**. Revista Trimestral de Direito Civil. N. 6. Junho/2001, p. 79-97. Rio de Janeiro: Patmas, 2001. In: BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 48.

<sup>34</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25.

Ao classificar os direitos de personalidade, Carlos Alberto Bittar<sup>35</sup> adota critérios flexíveis, considerando a possibilidade de surgimento de outros direitos de personalidade. Classifica-os em: direitos físicos (ligados aos elementos materiais que compõem a estrutura da pessoa, a exemplo dos direitos à vida, à integridade física, à voz, à imagem e à liberdade de locomoção), direitos psíquicos (ligados aos elementos intrínsecos da pessoa, conferindo-lhe integridade psíquica, a exemplo dos direitos à liberdade de credo, à intimidade e ao sigilo) e direitos morais (ligados aos elementos valorativos da pessoa em sociedade, compondo seu patrimônio moral, a exemplo dos direitos à honra, à identidade e à manifestação intelectual).

Um direito de personalidade passível de associação com nosso objeto de estudo é o constante do artigo 21 do Código Civil, senão vejamos:

A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma.

Do mesmo modo que quando da abordagem do teor do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, vê-se, aqui, o confronto entre o direito à vida privada e o acesso a resultado de teste genético sem o consentimento do examinado, conduta que leva ao conhecimento alheio informações de saúde da pessoa que só dizem respeito a ela própria, ou, no máximo, a seus familiares e amigos próximos, indo de encontro ao direito à privacidade, por meio do qual se defende a personalidade humana de inserções, indiscrições e intromissões de terceiros na esfera íntima da pessoa.

Observe-se que o referido artigo 21 confere àquele que tiver seu direito à vida privada ameaçado ou ofendido a prerrogativa de requerer providências judiciais para evitar a lesão ou fazê-la cessar, na esteira do que prevê o artigo a seguir transcrito, do mesmo código: “Art. 12 Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

Além disso, verifique-se que, assim como o inciso X do artigo 5º da Carta Magna, o artigo imediatamente supramencionado enseja a possibilidade de, aquele que tiver seu direito

---

<sup>35</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª ed. (atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17 e 64.

à vida privada (um dos direitos de personalidade acobertados pelo dispositivo retrotranscrito) violado, pleitear judicialmente indenização por perdas e danos.

Destaquemos, ainda, o direito à liberdade enquanto direito de personalidade a fundamentar a ilicitude de divulgação do resultado de exames genéticos contra a vontade do examinado, já que confere à pessoa a faculdade de fazer ou deixar de fazer aquilo que se coaduna com a ordem jurídica. Bittar<sup>36</sup> ensina que: “De um modo geral, consiste esse direito em poder a pessoa direcionar suas energias, no mundo fático, em consonância com a própria vontade [...]”. E acrescenta que os atentados a esse direito são sancionáveis à luz da teoria geral da tutela dos direitos de personalidade, encontrando-se, nesse plano, a mais eficaz medida de recomposição, por meio da reparação de danos morais e patrimoniais.

Tal autor aponta como direito de personalidade, além disso, o direito à integridade psíquica, o qual ultrapassa o zelo com o corpo e se estende até o aspecto interno do ser. O sofrimento mental causado à pessoa quando é vítima de discriminação em face do resultado de teste genético, bem como quando este é indevidamente acessado por terceiros, é afronta flagrante a esse direito de personalidade.

Verifica-se, ainda, como base para que sejam ilícitas a discriminação genética e a quebra de sigilo do patrimônio genético da pessoa, o direito de personalidade à honra, o qual protege, por um lado, a estima que se deve a cada pessoa na sociedade, sua reputação (honra objetiva), e, por outro, o sentimento pessoal de estima (honra subjetiva). As mencionadas práticas comprometem a consideração social da pessoa (diminuindo-a com consequências como descrédito, humilhação, vergonha e constrangimento) e sua consciência da própria dignidade. Recordemos que, a teor do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, é assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação desse direito.

### **3.3 Aplicação da Interpretação de Outros Instrumentos Normativos**

A Lei n. 9029/95, de 13 de abril de 1995 (artigos 1º; 2º, I; 3º e 4º) proíbe, quando das decisões acerca da admissão na relação de emprego ou sobre a manutenção desta, qualquer que seja a prática discriminatória por motivo de estado civil, origem, sexo, situação familiar, raça, idade ou cor.

---

<sup>36</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.* Nota 35, p. 106.

Além disso, criminaliza a exigência de atestados de gravidez ou esterilização, cominando penas de detenção de um a dois anos e de multa para essa infração, a qual é, ainda, assim como qualquer ato discriminatório vedado por essa lei, passível de ensejar ao infrator a proibição de obter financiamento ou empréstimo junto a instituições financeiras oficiais, bem como a pena de multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário por ele pago, elevado, caso haja reincidência, em 50%.

Acrescente-se que tal lei dá ao empregado cuja relação de emprego tenha sido rompida devido a ato discriminatório, além de direito a reparação por dano moral, a opção de ser readmitido e ressarcido, com juros e correção monetária, das remunerações referentes ao tempo em que estava longe do emprego, ou a opção de receber em dobro esse ressarcimento.

Posteriormente, e em sentido semelhante, a Lei n. 9799/99, de 26 de maio de 1999, adicionou à Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 373-A, o qual, entre outras coisas, proíbe que, por motivo de cor, idade, situação familiar, sexo ou estado de gravidez, negue-se emprego, promoção ou haja dispensa, com exceção das hipóteses de notória incompatibilidade com a atividade, por sua natureza; bem como proíbe, na admissão ou permanência no emprego, a exigência de atestado comprobatório de gravidez ou esterilidade.

Observa-se que as Leis n. 9029/95 e n. 9799/99 (a qual alterou a CLT) são claras nas proibições de discriminação nas relações de emprego e de exigência de teste de gravidez, podendo esse posicionamento servir de base para a solução de conflitos concernentes à discriminação genética e ao arbitrário acesso a informações genéticas pessoais, problemáticas que não chegaram a ser abordadas pelas referidas leis, cujas elaborações se deram há muitos anos.

Também é possível encontrar combate à discriminação nas relações de emprego (nesse caso, especificamente, por motivo de estado de saúde) na Lei n. 8213/91, de 24 de julho de 1991, que trata dos planos de benefícios da Previdência Social e determina, em seu artigo 93, que, caso a empresa tenha cem ou mais empregados, deve reservar de dois a cinco por cento (a depender do total de empregados) de seus cargos para o preenchimento por beneficiários reabilitados ou por deficientes físicos habilitados.

A Portaria Interministerial (do Ministério da Saúde e do Ministério do Trabalho e da Administração) n. 869, de 11 de agosto de 1992, proíbe, nos exames pré-admissionais e periódicos de saúde dos servidores públicos federais, a testagem para detecção do vírus HIV, considerando como fundamentos, entre outros, os fatos de: a sorologia positiva para HIV, por si só, não prejudicar a capacidade de trabalho do seu portador; os casos de AIDS deverem ser conduzidos segundo os preceitos da ética e do sigilo; e a solidariedade e o combate à discriminação serem o meio de que dispõe a sociedade para diminuir o sofrimento dos portadores de HIV e das

pessoas com AIDS.

Do mesmo modo, a simples potencialidade para o desenvolvimento de doença genética: não acarreta a incapacidade laboral, deve ter a ela aplicada preceitos éticos e de sigilo, bem como solidariedade e combate à discriminação; o que fundamenta a proibição de exame genético na esfera laboral.

Saindo do âmbito das relações de trabalho, apreciemos dispositivos legais passíveis de utilização como fundamento para a inadmissão de discriminação genética, desta vez por parte de empresas de plano de saúde:

No Brasil, com o advento da Lei n. 9656/98, de 03 de junho de 1998 (a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde), as operadoras de plano de saúde foram obrigadas a oferecer cobertura para pessoas com doenças preexistentes ou congênicas, incluindo as deficiências de qualquer tipo.

Para que haja a aceitação de cliente com doença preexistente, é preciso, contudo, que ele (ou seu responsável), quando da contratação, declare à empresa as enfermidades de que sabe ser portador, por meio do preenchimento (para o qual pode pedir orientação) de formulário elaborado com linguagem acessível; sob pena de, em até 24 meses depois, haver recusa de cobertura por parte da operadora (a quem cabe o ônus da prova da má-fé do consumidor). O que, inclusive, pode parecer uma medida de proteção às companhias de seguro, mas, no entender de Mârius Berenguer<sup>37</sup>, é, na verdade, proteção à solvência destas, a fim de evitar que a atuação fraudulenta de uns prejudique os demais segurados.

Ora, se a lei assegura a inclusão, nos planos de saúde, de portadores de doença (respeitadas as condições exigidas), o que dizer dos que apenas apresentam suscetibilidade ao desenvolvimento de enfermidades, as quais, inclusive, a depender de uma série de fatores, podem sequer virem a, de fato, desenvolver-se?

#### 4. CONCLUSÃO

O alcance a dados que antes tinham destinação exclusivamente científica ampliou-se

---

<sup>37</sup> BERENGUER, Mârius. Aportaciones ao debate, p. 98-107. *In: Medicina predictiva y discriminación*. Barcelona: Fundació Victor Grifolis i Lucas, 2001, p. 101. *In: HAMMERSCHMIDT, Denise. Direito e discriminação genética*. Disponível em: < <http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2010, p. 19.

rapidamente, o que traz à baila complexas implicações ético-jurídicas para as quais é imprescindível atentar.

Simultaneamente ao êxito das pesquisas genéticas, fez-se necessária a progressiva atualização das ciências jurídicas, a fim de que, em consonância com as preocupações éticas relativas ao tema, se posicionassem em face das novas realidades suscitadas pelo progresso das ciências biomédicas, na tentativa de responder às transformações da sociedade, seja por meio da criação de normas jurídicas, seja por meio da releitura de algumas destas, mas sempre visando a conciliar o interesse coletivo na evolução científica com os interesses individuais.

É indiscutível o valor das pesquisas científicas. Contudo, é indispensável que a aplicação prática dos conhecimentos adquiridos por meio delas dê-se com responsabilidade e precaução, atentando-se para que não haja um desvirtuamento do, a princípio benéfico, emprego dos seus produtos, em prol somente de interesses econômicos.

Enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana faz da pessoa o fim da sociedade e do Estado, sobreposta a qualquer progresso tecnológico e científico, de modo que o conhecimento exista para servir à humanidade, e não o contrário.

Nesse sentido, verifica-se que não é lícito ter acesso aos dados genéticos de uma pessoa sem seu consentimento, nem, em decorrência de suas características genéticas, diminuir ou acabar com suas oportunidades profissionais, negociais e/ou sociais.

Afinal, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Além disso, dois dos objetivos desta são a promoção do bem de todos, sem nenhuma forma de discriminação (inclusive, portanto, a discriminação por motivo de saúde); e a construção de uma sociedade solidária, justa e livre. Ademais, a Constituição Federal de 1988 veda a violação aos direitos à igualdade, à liberdade, à honra, intimidade, vida privada e imagem, e ao sigilo de dados.

Ressalte-se que, a teor do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna, não é pelo fato de não terem sido contemplados expressamente nela que os direitos a não discriminação genética e ao sigilo do patrimônio genético pessoal foram excluídos da proteção constitucional, já que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988 e dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte.

Na esteira dos direitos fundamentais, o Código Civil traz direitos de personalidade (à integridade psíquica, à liberdade, à honra e à vida privada) que também embasam a ilicitude constatada de todo o exposto neste estudo. Do mesmo modo, a interpretação de outros instrumentos normativos do direito brasileiro justifica tal conclusão, conforme visto.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Antônio Castro Alves de. **Discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

ARCHER, Luis. **Genética e pessoa humana**. Coimbra: Centro de Estudos de Bio-Ètica, 1991. *In*: LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética**: uma nova expressão dos direitos de personalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BERENQUER, Màrius. **Aportaciones ao debate**, p.98-107. *In*: *Medicina predictiva y discriminación*. Barcelona: Fundació Victor Grífolis i Lucas, 2001. *In*: HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito e discriminação genética**, p.19. Disponível em: <<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª ed. (atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. *Derechos Humanos y proyecto genoma*. Granada: Comares, 2001. *In*: HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito e discriminação genética**. Disponível em: <<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Biotecnologia, direito e bioética**: perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS, 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Sigilo de dados**: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, 1992. *In*: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GOSTIN, Lawrence O.; AREEN, Judith; KING, Patricia A.; GOLDBERG, Steven; JACOBSON, Peter D. **Law, Science and Medicine**. Nova York: Foundation Press, 2005. *In*: DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS, 2008.

GUEDES, Cristiano; DINIZ, Débora. **Um caso de discriminação genética:** o traço falciforme no Brasil. *Physis. Revista de Saúde Coletiva*. V. 17. N. 3, p. 501-520. Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social da UERJ, 2007.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito e discriminação genética.** Disponível em: <<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética:** uma nova expressão dos direitos de personalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos de personalidade.** *Revista Trimestral de Direito Civil*. N. 6. Junho/2001, p. 79-97. Rio de Janeiro: Patmas, 2001. *In:* BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade:** de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

MACHADO, Costa. **O Direito e o sigilo de nosso patrimônio genético.** Disponível em: <<http://vejaonline.abril.com.br/notitia/servlet/newstorm.ns.presentationServlet?publicationCode=1&pageCode=1301&textCode=145788&date=currentDate>>. Acesso em: 06 out. 2008.

MCLEAN, Sheila A. M. **A regulamentação da Nova Genética,** p. 146-155. *In:* CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). **Biotecnologia, direito e bioética:** perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

OLIVEIRA, João Sebastião de; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Genoma humano:** eugenia e discriminação genética. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose\\_sebastiao\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_sebastiao_de_oliveira.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2010.

SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando. **Datos de salud y datos genéticos:** su protección en la Unión Europea y en España. Granada: Editorial Comares, 2004. *In:* HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito e discriminação genética.** Disponível em: <<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito:** a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE GENÉTICA CLÍNICA. Projeto Diretrizes, sobre **Genética médica:** teste laboratorial para diagnóstico de doenças sintomáticas, elaborado em 05 de setembro de 2004.

SYKES, Charles J. **The end of privacy.** Nova York: St. Martin's Griffin, 1999. *In:* DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética.** São Paulo: SRS, 2008.



APOSENTADORIA DO PROFESSOR  
DO ENSINO BÁSICO NO REGIME  
GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL:  
INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA  
DO FATOR PREVIDENCIÁRIO NO CÁLCULO  
DO BENEFÍCIO

---

*Por Ivana Souto de Medeiros*



# APOSENTADORIA DO PROFESSOR DO ENSINO BÁSICO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO NO CÁLCULO DO BENEFÍCIO

*Ivana Souto de Medeiros*

*(Analista do Seguro Social.*

*Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera. Pós-Graduanda em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte)*

## RESUMO

Esta pesquisa trata da aposentadoria do professor do ensino básico vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, com ênfase para os requisitos diferenciados de obtenção estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Investiga a constitucionalidade da atual forma de cálculo desse benefício, especificamente quanto à incidência do fator previdenciário na apuração de seu valor. Essa análise parte do estudo dos antecedentes histórico-legislativos da aposentadoria do professor e adentra a sistemática de cálculo imposta pela aplicação do fator previdenciário, identificando situações de incidência e não incidência desse parâmetro. Prossegue na reflexão acerca da natureza jurídica da aposentadoria do professor, enquadrando-a como aposentadoria especial com base no conteúdo axiológico do dispositivo constitucional que a legitima. Fundamentada nessa premissa, conclui que a incidência do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria do professor é inconstitucional, por desrespeitar os requisitos diferenciados estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 para a concessão desse benefício.

**Palavras-chaves:** Aposentadoria. Professor. Fator previdenciário.

## ABSTRACT

This research deals with the Teacher Retirement basic education linked to the General Regime of Social Security, with emphasis on the differentiated requirements for obtaining established by the Constitution of 1988. Investigates the constitutionality of the current way of calculating this benefit, specifically as the impact of welfare factor in the canvass its value. This analysis is based on in the study of the historical and legislative antecedents, of the teacher retirement and enters the systematic calculation imposed by the application of social security factor , identifying situations incidence and non-incidence of this parameter. Proceed on reflection about the legal nature of teacher retirement, framing it as a special retirement based on axiological content of the constitutional provision that legitimates. Grounded on this premise, concludes that the incidence of pension factor in calculating teacher retirement is unconstitutional for disrespecting the differentiated requirements established by the 1988 Federal Constitution for concession of this benefits.

**Keywords:** Retirement. Teacher. Security factor.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. A APOSENTADORIA DO PROFESSOR DO ENSINO BÁSICO VINCULADO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRO 2.1 Antecedentes histórico-legislativos 2.2 Destinatários do artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988 3. O CÁLCULO DO BENEFÍCIO 4. NATUREZA JURÍDICA DO BENEFÍCIO: APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OU APOSENTADORIA ESPECIAL? 5. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO NO CÁLCULO DO BENEFÍCIO 6. CONCLUSÃO

## 1. INTRODUÇÃO

A ordem constitucional vigente espelha os valores, as prioridades e o projeto de organização da sociedade de uma determinada época. A Constituição Federal da República de 1988 é reflexo do processo de redemocratização pelo qual passou o Brasil e incorporou em seu texto vasta gama de direitos e garantias, demonstrando-se a preocupação do legislador constituinte em resguardar direitos fundamentais.

Hodiernamente, as normas constitucionais ocupam o centro da hermenêutica jurídica, servindo de vetor interpretativo para todas as demais normas do ordenamento. O conteúdo axiológico da legislação infraconstitucional deve ser ajustado aos valores preconizados pela Constituição, sob pena de ser-lhe impingida a mácula da inconstitucionalidade.

No âmbito do Direito Previdenciário, as normas legais que instrumentalizam os benefícios previdenciários garantidos pela Constituição devem estrita observância ao que nela estiver estabelecido, não sendo aceitável reduzir-se a dimensão protetiva de quaisquer desses direitos.

O artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988 assegura aos professores do ensino básico vinculados ao Regime Geral de Previdência Social a redução de 05 (cinco) anos no tempo de contribuição exigido para obtenção de aposentadoria. No entanto, ao disciplinar o cálculo desse benefício, a legislação infraconstitucional não o excepciona da incidência do fator previdenciário, instrumento de equilíbrio financeiro-atuarial utilizado para desestimular aposentadorias precoces.

É especialmente nesse viés que reside o objeto da presente pesquisa. Com fundamento no artigo 201, §8º, da Constituição Federal de 1988, busca-se estudar a constitucionalidade do cálculo da citada aposentadoria com a utilização do fator previdenciário, debruçando-se sobre o seguinte problema: a incidência desse fator reduz a dimensão do direito dos professores do ensino básico em aposentarem-se 05 (cinco) anos mais cedo?

O enfoque metodológico utilizado será o hermenêutico, buscando-se na doutrina, legislação e jurisprudência elementos para justificar que a atual forma de cálculo da aposentadoria dos professores viola o dispositivo constitucional que a assegura.

Nesse propósito, a pesquisa inicia-se com o estudo dos antecedentes histórico-legislativos dessa aposentadoria e definição de seus destinatários, perpassa pela análise do cálculo do benefício, e culmina na discussão sobre a constitucionalidade dessa forma de cálculo, refletindo sobre a dimensão protetiva estabelecida pelo artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988.

A escolha do tema foi motivada pela inquestionável relevância da atividade do professor na formação de uma sociedade educada (e livre), em contraste com as degradantes condições em que essa profissão tem sido exercida no Brasil. O profissional do magistério é o preceptor de todos os demais profissionais e, como tal, merece o esforço da academia jurídica no sentido de ver os seus direitos devidamente respeitados.

## 2 A APOSENTADORIA DO PROFESSOR DO ENSINO BÁSICO VINCULADO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRO

### 2.1 Antecedentes histórico-legislativos

A previsão legal de concessão de aposentadoria a professores antecede a independência do Brasil.

Segundo publicação da FUNDAÇÃO ANASPS <sup>1</sup>, em 1821 foi editado o primeiro texto legal do Reino de Portugal, Brasil e Algarves que concedia jubilação aos mestres professores com 30 (trinta) anos de serviço. Trata-se do “Decreto das Jubilações dos Professores e Mestres Regios de Primeiras Letras, Grammatica Latina e Grega, Rhetorica e Filosofia”, assinado em 29 de setembro de 1821 com a seguinte redação:

As Côrtes Geraes, Extraordinarias e Constituintes da Nação Portugueza, reconhecendo que um dos meios de promover a Instrução Publica he contemplar as pessoas, que della são encarregadas: Decretão o seguinte: 1.º Os Professores e Mestres Regios de um e outro sexo, de Primeiras Letras, Grammatica Latina e Grega, Rhetorica e Filosofia, que por espaço de trinta annos continuos, ou interpollados houverem regido louvavelmente, e sem nota, as suas respectivas Cadeiras, serão jubilados com o vencimento de todo o seu ordenado. [...] Paço das Côrtes em 29 de setembro de 1821 <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> FUNDAÇÃO ANASPS. **Evolução da Previdência Social**. J. B. Serra e Gurgel (pesquisador). Brasília, 2007. Disponível em: <[http://www.anasps.org.br/evolucao\\_historica\\_previdencia.pdf](http://www.anasps.org.br/evolucao_historica_previdencia.pdf)>. Acesso em: 02 maio 2013. p. 13.

<sup>2</sup> Decreto das Jubilações dos Professores e Mestres Regios de Primeiras Letras, Grammatica Latina e Grega, Rhetorica e Filosofia. **Collecção dos Decretos, Resoluções e Ordens das Côrtes Geraes, Extraordinarias e Constituintes da Nação Portugueza, desde a sua installação em 26 de janeiro de 1821**. Coimbra, 1822. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=SoZPAAAYAAJ>>. Acesso em: 02 maio 2013. p. 228.

Avançando para o período de maior sistematização previdenciária, precisamente após a publicação da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/60), tem-se a previsão de aposentadoria especial ao segurado que trabalhasse em serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos (art. 31). O Decreto nº 53.831/64, regulamentando esse dispositivo, enquadrava o magistério como atividade penosa (Anexo I, código 2.1.4).

A matéria passou a ter feição constitucional a partir da publicação da Emenda nº 18, de 30 de junho de 1981. Esse instrumento assegurou a concessão de aposentadoria após 30 (trinta) anos de efetivo exercício em função de magistério, no caso do professor, e 25 (vinte e cinco) anos para a professora.

O constituinte de 1988 manteve a proteção constitucional do direito à aposentadoria dos professores em condições diferenciadas.

Atualmente, esse direito é resguardado pelo artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988, que estabelece a redução em cinco anos do tempo de contribuição necessário à aposentadoria “[...] para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98). Considerando que o artigo 201, §7º exige 35 (trinta e cinco) anos para a aposentadoria por tempo de contribuição do segurado do sexo masculino vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, e 30 (trinta) anos para as mulheres, tem-se que o professor pode aposentar-se após 30 (trinta) anos de contribuição e a professora após 25 (vinte e cinco) anos.

No plano infraconstitucional, a aposentadoria em questão está regulamentada pelo artigo 56 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

## **2.2 Destinatários do artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988**

Segundo Martinez, “de modo geral, para fins previdenciários, professor é o educador que ministra aula na educação infantil, no ensino fundamental e médio”<sup>3</sup>. Essa é a previsão do artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988.

Observa-se, de pronto, que os professores do ensino universitário estão excluídos da benesse constitucional, devendo aposentar-se segundo a norma geral prevista no artigo 201, §7º da Constituição Federal.

---

<sup>3</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 3ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 873.

É importante registrar que, antes da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, os professores universitários faziam jus à aposentadoria com tempo de contribuição reduzido. Esse direito era originalmente previsto no artigo 202, inciso III da Constituição Federal de 1988, que se referia apenas ao professor ou professora que efetivamente exercia a função de magistério, sem especificar o grau de ensino em que era prestada sua atividade.

A fim de compensar a exclusão dessa categoria do rol de beneficiários da aposentadoria diferenciada, a Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998, lançou mão de regra de transição (art. 9º, §2º). Esse dispositivo previu bônus de 17% (dezessete por cento) para o tempo de atividade do professor exercido até a sua publicação, e 20% (vinte por cento) para a professora, na apuração do tempo de contribuição segundo a regra geral.

Atualmente, portanto, a aposentadoria prevista no artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988 é devida somente aos professores do ensino básico, isto é, àqueles que atuam nos níveis de educação infantil, fundamental e médio. Resguarda-se, evidentemente, o direito adquirido do professor universitário que, até a publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, já reunia todas as condições para obtenção da aposentadoria prevista no artigo 202, III da Constituição, em sua redação original.

Feitas essas considerações, cumpre ainda esclarecer o conteúdo da expressão “efetivo exercício das funções de magistério”, na medida em que sua definição foi objeto de grande celeuma.

O artigo 56, §2º do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, na redação original, considerava função de magistério “[...] a atividade docente do professor exercida exclusivamente em sala de aula”. No mesmo sentido, a Súmula nº 726 do Supremo Tribunal Federal, aprovada pelo Tribunal Pleno em 26 de novembro de 2003, previa que “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”.

A Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006, deu nova interpretação à matéria através da alteração do artigo 67, §2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996). O citado dispositivo legal passou a ter a seguinte redação:

Art. 67, §2º. Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no §8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de

direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

Com essa alteração legal, a função de magistério deixou de ser considerada apenas aquela exercida em sala de aula, abrangendo também as atividades de direção, coordenação e assessoramento pedagógico.

Sem embargo da aparente pacificação da matéria, a inovação legislativa teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal por intermédio da Ação Direta de Constitucionalidade 3.772, a qual foi decidida nos termos a seguir:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. ACÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra <sup>4</sup>.

Observa-se, com isso, que o entendimento encabeçado pela Lei nº 11.301/2006 prevaleceu. O Supremo Tribunal Federal, em interpretação conforme a Constituição, ressaltou apenas que as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico devem ser exercidas

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29 out. 2008.

por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação.

Aglutinando as informações expostas nesse tópico, é possível concluir que os destinatários da aposentadoria prevista no artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988 são os professores do ensino básico vinculados ao Regime Geral de Previdência Social que exercem exclusivamente a função de magistério, assim entendida como aquela executada em sala de aula, direção, coordenação e assessoramento pedagógico.

### 3. O CÁLCULO DO BENEFÍCIO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 201, §8º o direito do professor do ensino básico à obtenção de aposentadoria com tempo de contribuição reduzido, relegando à legislação infraconstitucional a instrumentalização desse direito.

Nesse ponto, faz-se pertinente pequena digressão sobre a sistemática de concessão de benefícios previdenciários, de forma a facilitar a compreensão do cálculo da aposentadoria do professor.

Sabe-se que o sistema previdenciário brasileiro é eminentemente contributivo, isto é, “[...] para ter direito a qualquer benefício [...], é necessário enquadrar-se na condição de segurado, **devendo contribuir para a manutenção do sistema previdenciário**” – grifos do autor <sup>5</sup>. A base de cálculo das contribuições previdenciárias é denominada salário de contribuição e “esta mesma base é utilizada, também, no cálculo do valor da maioria dos benefícios” <sup>6</sup>.

Nos termos do artigo 28 da Lei nº 8.213/91, a renda mensal inicial dos benefícios previdenciários, exceto o salário-família e o salário-maternidade, será calculada com base no salário de benefício. Basicamente, na forma do artigo 29 da mesma lei, o salário de benefício é obtido segundo a média aritmética simples dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição apurados em todo o período contributivo. A depender da espécie de benefício, haverá ou não a incidência do fator previdenciário.

Horvath Júnior define o fator previdenciário como um parâmetro de cálculo “[...] que considera a idade, expectativa de vida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, que

---

<sup>5</sup> KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 9ª ed rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivum, 2012. p. 38.

<sup>6</sup> KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 9ª ed rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivum, 2012. p. 139.

pode funcionar como elemento redutor ou ampliador do benefício”<sup>7</sup>.

Esse parâmetro foi criado pela Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999. É utilizado como multiplicador do produto da média aritmética dos salários de contribuição, resultando no salário de benefício. Tal multiplicador é obtido através de uma complexa fórmula prevista no anexo à Lei nº 9.876/99. Veja-se:

#### CÁLCULO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO

Onde:

$f$  = fator previdenciário;

$Es$  = expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria;

$Tc$  = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

$Id$  = idade no momento da aposentadoria;

$a$  = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

A fórmula em questão envolve uma série de variáveis atuariais que, em tese, conferem maior correspondência entre a realidade do segurado e o valor do benefício concedido. Na prática, quanto mais cedo for requerida a aposentadoria e quanto menos tempo o segurado contribuir para o regime, menor será o fator previdenciário. Em consequência, mais reduzido será o valor do benefício. Trata-se de premissa que se coaduna com um sistema contributivo equilibrado, cujos benefícios programados deverão refletir as contribuições que foram vertidas ao longo da vida laborativa do beneficiário.

Sob esse enfoque, Santos afirma que o fator previdenciário “[...] tem por objetivo **estimular a permanência do segurado em atividade formal, retardando a sua aposentadoria** para que não tenha um decréscimo no benefício” – grifos da autora<sup>8</sup>.

É importante ressaltar que foge ao objetivo desse trabalho adentrar a acalorada discussão que se trava em torno da constitucionalidade do fator previdenciário em si. Cumpre-nos nesta pesquisa investigar se o fator previdenciário, atualmente previsto na legislação, deve ser aplicado na apuração da renda mensal inicial da aposentadoria dos professores do ensino básico.

<sup>7</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Dicionário analítico de Previdência Social**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 90.

<sup>8</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 186.

Feitas essas considerações, retome-se o estudo do cálculo dos benefícios previdenciários.

Conforme assinalado, a depender da espécie de prestação a ser concedida, poderá haver ou não a incidência do fator previdenciário no cálculo de sua renda.

Nos termos do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, combinado com o artigo 18, estão sujeitas à incidência do fator previdenciário a aposentadoria por idade e a aposentadoria por tempo de contribuição. O artigo 7º da Lei nº 9.876/99 assegura ao pleiteante de aposentadoria por idade a opção pela não aplicação do fator previdenciário, o que, na prática, significa que esse parâmetro só será utilizado quando beneficiar o interessado.

Os benefícios isentos da aplicação do fator previdenciário são a aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial, auxílio-doença e auxílio-reclusão (art. 29, II c/c art. 18, I, “a”, “d”, “e” e “h”, da Lei nº 8.213/91). O cálculo do salário de benefício dessas prestações será realizado somente com base na média aritmética simples dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição apurados no período contributivo, sem incidência do multiplicador.

O artigo 29, §9º da Lei nº 8.213/91 disciplina a aplicação do fator previdenciário em relação ao tempo de contribuição do professor que exerce, exclusivamente, a função de magistério no ensino básico.

Sem embargo dessa previsão legal, debate-se a respeito da legitimidade da incidência do fator previdenciário no cálculo do benefício em comento.

Em linhas gerais, o ponto de partida dessa discussão tem origem na indagação a respeito da natureza jurídica da aposentadoria do professor do ensino básico: trata-se de aposentadoria por tempo de contribuição ou aposentadoria especial? Se considerada aposentadoria por tempo de contribuição, deve sofrer a incidência do fator previdenciário por força do art. 29, I c/c art. 18, I, “c” da Lei nº 8.213/91; se enquadrada como aposentadoria especial, deveria ser isenta da aplicação desse multiplicador em razão do art. 29, II c/c art. 18, I, “d” da mesma lei.

#### 4. NATUREZA JURÍDICA DO BENEFÍCIO: APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OU APOSENTADORIA ESPECIAL?

Segundo Santos, “nos termos da legislação vigente, a aposentadoria do professor **não é considerada aposentadoria especial**” – grifos da autora <sup>9</sup>.

Ibrahim assevera que “esta denominação é equivocada, pois a aposentação especial é nome restrito da aposentadoria concedida aos segurados expostos a agentes nocivos, físicos, químicos ou biológicos”. Para o autor, “o que existe, em verdade, é uma aposentadoria constitucional diferenciada do professor, criada em virtude do desgaste maior provocado pela função [...]” <sup>10</sup>.

De fato, com base na legislação vigente, é de se reconhecer a dificuldade de enquadrar a aposentadoria do professor como aposentadoria especial, restando, por exclusão, subsumi-la à categoria da aposentadoria por tempo de contribuição.

A atual configuração da aposentadoria especial, na forma do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, resume-se às hipóteses em que o segurado trabalha sujeito a condições especiais que prejudiquem sua saúde ou integridade física, devidamente demonstradas por laudos técnicos. A concessão de aposentadoria especial por categoria profissional foi extinta pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, sendo certo que o enquadramento da função de magistério como atividade penosa é anterior à sistemática da Emenda Constitucional nº 18/81.

Esse entendimento tem prevalecido na prática administrativa do Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia responsável pela concessão e manutenção dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. A Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010, refere-se expressamente à “aposentadoria por tempo de contribuição do professor” (Capítulo IV, Subseção IV), legitimando a incidência do fator previdenciário no cálculo de sua renda mensal.

O enquadramento da aposentadoria do professor como aposentadoria por tempo de contribuição, entretanto, parte de uma interpretação superficial da legislação infraconstitucional, sem levar em conta o conteúdo axiológico do artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988.

A investigação a respeito da natureza jurídica do benefício em epígrafe deve partir dos antecedentes históricos dessa prestação, considerada, em sua origem, aposentadoria especial. É

---

<sup>9</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 246.

<sup>10</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 17ª ed rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 613.

sintomático o fato de ter sido o primeiro benefício previdenciário a ser reconhecido no Brasil, demonstrando que havia clara preocupação com a categoria de profissionais que dedicavam sua vida à desgastante atividade do ensino.

A inserção do benefício no âmbito da Constituição, em vez de retirar sua condição de aposentadoria especial, reforça essa característica. Significa que a matéria, por sua importância, mereceu a atribuição de status constitucional, impondo-se sobre normas hierarquicamente inferiores.

Diante disso, perfilhamos a posição de Castro e Lazzari, quando afirmam que

[...] se o legislador constituinte tomou a cautela de fazer constar do texto constitucional uma aposentadoria com redução do tempo necessário à sua outorga, para o professor com tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio, exclusivamente, é de se concluir que entendeu dar especial proteção aos que exercem tão relevante da atividade, dentre outros aspectos, pelo desgaste físico e mental, com prejuízo à saúde, daqueles profissionais <sup>11</sup>.

No entendimento de Dartora, “o fato de passar a ser matéria constitucional não retira a característica de atividade penosa, nem retira o trabalhador da exposição aos agentes nocivos” <sup>12</sup>.

Não se pode perder de vista as condições em que a atividade do magistério tem sido exercida no Brasil, considerando a precariedade da maioria das escolas públicas, a jornada de trabalho duplicada pela baixa remuneração e fatores que afetam a saúde do professor. Nas palavras de Franchi,

em síntese: salários cada vez mais baixos e degradados obrigam a uma jornada de trabalho múltipla e dispersa; isso impede não somente o amadurecimento da experiência do professor, como lhe retira qualquer disponibilidade para o preparo das aulas, para o estudo, para uma implementação inteligente e

---

<sup>11</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 711.

<sup>12</sup> DARTORA, Cleci Maria. **Aposentadoria do professor: aspectos controvertidos**. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012. p. 79.

competente dos conteúdos e das práticas dos processos de qualificação que lhes são proporcionados bem ou mal <sup>13</sup>.

No caso das professoras, apesar de todo o esforço contemporâneo em equiparar homens e mulheres em direitos e obrigações, é inegável que esse grupo ainda se encontra em maior dificuldade no exercício da profissão. Em pesquisa baseada em entrevistas com professores de história, Fonseca constatou o seguinte:

com relação às mulheres, o processo é mais complicado, uma vez que a posição ocupada pela mulher na sociedade exige dela uma outra relação com a vida profissional. No caso, as mulheres que não se casaram afirmam não ter encontrado dificuldades de conciliação, apesar dos encargos domésticos e de terem assumido cuidados com outras pessoas: mãe, sobrinhos etc. As casadas buscaram diferentes formas de desenvolver suas carreiras, aliando a sobrecarga das tarefas escolares e domésticas, à preservação dos casamentos e ao equilíbrio da vida emocional e afetiva ao lado dos maridos <sup>14</sup>.

Os fatores relacionados à atividade do professor que interferem em sua saúde foram estudados por Esteve, que descreveu o quadro de “mal-estar docente”. As principais características do “mal-estar docente”, segundo o autor, são:

1. Sentimentos de desconcerto e insatisfação antes os problemas reais da prática do magistério, em franca contradição com a imagem ideal do mesmo que os professores gostariam de realizar.
2. Desenvolvimento de esquemas de inibição, como forma de cortar a implicação pessoal no trabalho realizado.
3. Pedidos de transferência como forma de fugir de situações conflitivas.
4. Desejo manifesto de abandonar a docência (realizado ou não).
5. Absentismo trabalhista como mecanismo para cortar a tensão acumulada.
6. Esgotamento. Cansaço físico permanente.
7. Ansiedade como traço ou ansiedade de expectativa.
8. Estresse.
9. Depreciação do ego. Autoculpabilização ante a

---

<sup>13</sup> FRANCHI, Eglê Pontes. **A insatisfação dos professores: conseqüências para a profissionalização.** In: \_\_\_\_\_ (org.). **A causa dos professores.** Campinas: Papirus, 1995. p. 20.

<sup>14</sup> FONSECA, Selva Guimarães. **Ser professor no Brasil: história oral de vida.** Campinas: Papirus, 1997. p. 215.

incapacidade para melhorar o ensino. 10. Ansiedade como estado permanente, associada como causa-efeito a diversos diagnósticos de doença mental. 11. Neuroses reativas. 12. Depressões <sup>15</sup>.

Esses aspectos, sem dúvida, fundamentam o tratamento especial dado pela Constituição à aposentadoria dos professores do ensino básico, inclusive no tocante à diferenciação entre homens e mulheres.

É certo que, no atual contexto do propagado déficit da Previdência Social, onde são conclamadas reformas para assegurar o equilíbrio do sistema, vozes levantam-se em desfavor da aposentadoria diferenciada do professor. Na avaliação de Salvador, “por ter direito à aposentadoria, com tempo de contribuição reduzido, o professor da educação básica é acusado por ser um dos culpados pelo déficit previdenciário” <sup>16</sup>.

De acordo com Martins, “a aposentadoria do professor deveria ser a normal, como de qualquer pessoa, tirando inclusive a matéria da Constituição”. No entendimento do autor, “o que é preciso é que se assegure um salário digno ao professor” <sup>17</sup>.

Giambiagi, considerando as condições de trabalho e os baixos salários pagos aos professores, aduz que “[...] a regra facilita a mentalidade de que ‘uma mão lava a outra’”. E conclui sua argumentação asseverando que “o professor precisa ter melhores condições de trabalho [...], mas, em contrapartida, ele deveria ter as mesmas regras de aposentadoria que as demais profissões” <sup>18</sup>.

Não se pode retirar a razão dos citados autores quando afirmam que o correto seria melhorar as condições de trabalho dos professores, inclusive em aspectos remuneratórios, em vez de conceder-lhe aposentadoria especial. Todavia, é necessário ressaltar que o direito previdenciário lida com o passado, e sua realidade deve refletir o cenário vivido pela geração beneficiária ao longo de sua vida laborativa. Os professores que hoje pleiteiam aposentadoria com 30 (trinta) ou 25 (vinte e cinco) anos de atividade experimentaram todas as dificuldades que justificam o tratamento

---

<sup>15</sup> ESTEVE, José Manuel. **O mal-estar docente: a sala de aula e a saúde dos professores**. Durlley de Carvalho Cavicchia (tradução). Bauru: EDUSC, 1999. p. 78.

<sup>16</sup> SALVADOR, Mebel Wolff. **O professor e a Previdência Social**. In: **Professores: direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores no ensino privado – homenagem a Evandro Lins e Silva**. José Luciano de Castilho Pereira (coordenador). São Paulo: LTr, 2008. p. 186.

<sup>17</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 352.

<sup>18</sup> GIAMBIAGI, Fábio. **A aposentadoria dos professores**. O Globo. Rio de Janeiro, 26 out. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/moreno/posts/2012/10/26/a-aposentadoria-dos-professores-472177.asp>> Acesso em: 01 maio 2013.

diferenciado dado pela Constituição Federal a esse benefício. Tal fato não pode ser ignorado por qualquer discurso de reforma que pretenda alterar as regras de jubilação dessa categoria.

Não há dúvidas de que, em condições ideais, os requisitos para concessão de aposentadoria programável deveriam ser os mesmos, independentemente da atividade exercida ou do sexo do pleiteante. Isso será alcançado quando homens e mulheres trabalharem em igualdade de condições e suas atividades sejam desempenhadas com a devida segurança, inclusive aquelas insalubres, perigosas ou penosas.

No entanto, repita-se, a atual geração de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, incluídos aí os professores, laborou em condições bem distintas do ideal. Por essa razão, a Constituição abre a possibilidade de concessão de aposentadorias com requisitos diferenciados, de forma a compensar as dificuldades enfrentadas por certos grupos em sua vida laborativa. É a vontade da sociedade contemporânea legitimamente externada na Constituição Federal de 1988.

Diante disso, tratar a aposentadoria do professor como simples aposentadoria por tempo de contribuição, aplicando-lhe as regras gerais de cálculo, significa ignorar todo o contexto em que esse benefício foi concebido. A axiologia embutida no artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988 não pode ceder à atual conjuntura da legislação previdenciária, que reserva a nomenclatura de “aposentadoria especial” ao benefício decorrente das atividades de comprovada exposição a agentes físicos, químicos ou biológicos (artigo 18, I, “d” e 57 da Lei nº 8.213/91).

Note-se que tanto a “aposentadoria especial” mencionada no artigo 18, I, ”d” da Lei nº 8.213/91 quanto a aposentadoria do professor tratada pelo artigo 56 são exceções à regra constitucional que veda a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (art. 201, §1º). Embora os fundamentos que os legitimam sejam diversos, esses benefícios albergam a mesma nota de excepcionalidade que aproxima suas naturezas jurídicas. Ambas as aposentadorias são **especiais** na medida em que mereceram tratamento diferenciado pela Constituição.

Por tal razão, defende-se que a forma de cálculo da aposentadoria do professor do ensino básico não pode ser distinta daquela aplicada à “aposentadoria especial”. Entendimento diverso “[...] implica desigualdade entre benefícios assegurados constitucionalmente com a mesma natureza, ou seja, concedidos em razão das condições diferenciadas no desempenho da atividade”<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15ªed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 711.

## 5. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO NO CÁLCULO DO BENEFÍCIO

No tópico anterior, argumentamos que a aposentadoria dos professores do ensino básico deve ser considerada **aposentadoria com requisitos especiais**, distinta da aposentadoria por tempo de contribuição concedida aos demais beneficiários do Regime Geral da Previdência Social. Essa constatação, por si só, rejeita a forma de cálculo prevista no artigo 29, I, da Lei nº 8.213/91 para esse último benefício, com incidência do fator previdenciário.

Não bastasse isso, demonstrar-se-á que a aplicação do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria diferenciada do professor viola o artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988, desembocando no fenômeno da inconstitucionalidade.

De início, cumpre esclarecer que o próprio legislador parece ter se preocupado em assegurar a manutenção dos requisitos especiais dessa aposentadoria quando criou o fator previdenciário. Com efeito, a Lei nº 9.876/99 incluiu na Lei nº 8.213/91 regra específica de incidência desse multiplicador para o cálculo do benefício em epígrafe nos seguintes termos:

Art. 29, §9º. Para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados:

[...]

II - cinco anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio;

III - dez anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

De acordo com Ibrahim, “este acréscimo visa a minimizar os prejuízos para [...] os professores, que, ao se aposentarem mais cedo, terão fator previdenciário desfavorável, em razão da maior expectativa de sobrevivência”<sup>20</sup>. De fato, retomando a análise da fórmula desse fator, observamos que, quanto menos tempo o segurado contribuir para o regime, menor será o

---

<sup>20</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 17ª ed rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 564.

multiplicador obtido e, conseqüentemente, mais reduzida será a renda do benefício. Dessa forma, com vistas a resguardar o direito de aposentar-se mais cedo assegurado aos professores do ensino básico, o legislador criou um bônus a ser considerado na variável “tempo de contribuição”, para que esta não repercuta indevidamente no cálculo do benefício.

O legislador olvidou, entretanto, que a idade e a expectativa de vida também são variáveis consideradas no cálculo do fator previdenciário, capazes de reduzi-lo. Quanto mais jovem for o pleiteante da aposentadoria, maior será sua expectativa de vida e o tempo estimado de manutenção do benefício pelo regime previdenciário.

Segundo Dartora,

[...] em uma análise perfunctória, a regra aparenta ter satisfeito a intenção do legislador. Contudo, em observação mais acurada, levando em conta sobretudo que a diminuição do vetor tempo de contribuição acaba por minorar também a idade do pretendente à aposentação, vê-se que a fórmula do fator previdenciário culmina por afrontar preceito expresso da Constituição Federal no concernente aos profissionais do magistério. Isso porque, ao permitir ao professor, posto que indiretamente, a aposentação com idade reduzida – elevando assim a expectativa de sobrevivência quando do jubileamento – o Constituinte não previu que a superveniência de fórmula como a em comento viesse a desestimular tal instituto. E nem haveria de fazê-lo, já que, se assim o quisesse, não faria constar tal benesse do texto constitucional <sup>21</sup>.

Ora, é evidente que o professor que pleiteia aposentadoria com 05 (cinco) anos de antecedência em relação ao tempo exigido na regra geral, o faz 05 (cinco) anos mais jovem que os demais profissionais. Esse fato, sem dúvida, reflete negativamente no cálculo do seu benefício, haja vista que reduzirá o multiplicador incidente sobre a média dos salários de contribuição.

De acordo com Salvador,

as professoras são as que sofrem a maior perda. É comum encontrarmos professoras que já cumpriram os 25 anos de magistério, aos 45 anos de idade.

---

<sup>21</sup> DARTORA, Cleci Maria. **Aposentadoria do professor**: aspectos controvertidos. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012. p. 140.

Atualmente, isso implicaria uma aposentadoria, cujo resultado é, mais ou menos, 50% da média dos salários-de-contribuição (sic) do período básico de cálculo <sup>22</sup>.

Com isso, observa-se que, na prática, a incidência do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria do professor do ensino básico esvazia a previsão constitucional que assegura o direito de jubilação com requisitos diferenciados. Isso porque, ou o professor aguardará mais tempo para se livrar dos efeitos deletérios do fator previdenciário, desnaturando a antecipação prevista na Constituição, ou terá que aceitar a redução drástica da renda mensal do benefício – fato, inquestionavelmente, não desejado pelo constituinte.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação, com o intuito de traçar o perfil dos professores aposentados, encomendou uma pesquisa ao Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). Os resultados dessa pesquisa foram divulgados na revista “Como vivem os trabalhadores aposentados da educação?” e revelaram o seguinte:

a maioria dos entrevistados tem renda bruta entre R\$ 700,00 e R\$ 1.750,00, e [...] uma minoria dispõe de proventos e outros rendimentos acima de R\$ 2.750,00. No geral, mais de 80% dos/as aposentados/as não exercem outra ocupação remunerada, e a quase totalidade das pessoas entrevistadas disse não receber nenhum tipo de benefício assistencial do governo. Conclui-se, daí, tratar-se de uma categoria mal remunerada, mas altamente dedicada à profissão de educador escolar. A má remuneração, inclusive, foi diagnosticada pelos resultados: mais de 70% consideraram o rendimento mensal insuficiente para satisfazer todas as necessidades. Por consequência, cerca de 80% dos/as aposentados/as disseram precisar recorrer a crédito bancário, habitualmente. [...] A maior parte dos/as aposentados/as da educação destina entre 20% e 30% da renda para despesas com saúde, principalmente remédio <sup>23</sup>.

Com razão, Dartora afirma que “[...] a aplicação do fator previdenciário na aposentadoria

---

<sup>22</sup> SALVADOR, Mebel Wolff. **O professor e a Previdência Social**. In: **Professores: direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores no ensino privado – homenagem a Evandro Lins e Silva**. José Luciano de Castilho Pereira (coordenador). São Paulo: LTr, 2008. p. 184.

<sup>23</sup> CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO. **Como vivem os trabalhadores aposentados da educação?** Brasília, set. 2009. Disponível em: <[http://www.cncte.org.br/images/stories/revista\\_aposentados1.pdf](http://www.cncte.org.br/images/stories/revista_aposentados1.pdf)>. Acesso em: 02 maio 2013. p. 35.

do professor retira a benesse constitucional de poder aposentar-se aos 25 ou 30 anos de efetivo labor no magistério”, concluindo que “é dar com uma mão e tirar com a outra”<sup>24</sup>.

Nesse ponto, é relevante resgatar as ideias trabalhadas no tópico anterior, que conduziram ao entendimento de que o benefício em exame é uma **aposentadoria especial** no sentido de exigir requisitos diferenciados. Essa assertiva decorre do esforço hermenêutico direcionado à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais com base nos valores preconizados pela Constituição Federal, situada no topo do ordenamento jurídico.

A interpretação das normas que disciplinam o cálculo da aposentadoria do professor há de considerar, necessariamente, o perfil delineado pelo constituinte para esse benefício. Não se trata de uma escolha aleatória, mas de decisão política baseada em valores eleitos pela sociedade como relevantes para sua organização.

Ao conferir tratamento diferenciado à aposentadoria do profissional do magistério que atua no ensino básico, o constituinte não só reconheceu as condições críticas em que a sua atividade tem sido prestada, mas também criou terreno favorável à melhora desse cenário. O benefício é elemento de valorização dessa categoria profissional, cujo trabalho reflete diretamente na concretização do direito à educação, que, por sua vez, viabiliza a fruição de outros direitos fundamentais.

Discorrendo sobre a dimensão política da educação, Papadopoulos afirma que

no mundo inteiro, a educação suscita um interesse crescente. [...] Ela é considerada, sucessivamente, como a chave da prosperidade econômica futura, como o instrumento privilegiado da luta contra o desemprego, como o motor do progresso científico e tecnológico, como a condição *sine qua non* da vitalidade cultural das sociedades cada vez mais orientadas para o lazer, como ponta-de-lança (sic) do progresso social e da igualdade, como a garantia de preservação dos valores democráticos, ou como o passaporte para o êxito individual<sup>25</sup>.

Sem dúvida, o processo de construção e sedimentação de uma sociedade educada

---

<sup>24</sup> DARTORA, Cleci Maria. **Aposentadoria do professor**: aspectos controvertidos. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012. p. 138.

<sup>25</sup> PAPAPOULOS, George S. **Aprender para o Século XXI**. In: **A Educação para o Século XXI**: questões e perspectivas. Jacques Delors (organização). Fátima Murad (tradução). Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 20.

depende da atividade dos professores, agentes ativos na concretização desse direito do cidadão e dever do Estado. Nas palavras de Freire, “a politicidade da educação demanda veementemente do professor e da professora que se assumam como um ser político, que se descubram no mundo como um ser político [...]”<sup>26</sup>.

Nesse contexto, a valorização da atividade do professor, sobretudo daquele que atua nos primeiros filões da educação, adquire inquestionável relevância. A aposentadoria em condições diferenciadas compensa as dificuldades experimentadas por aqueles que assumiram a tarefa política de retirar o cidadão da ignorância, contribuindo diretamente na construção de sujeitos de direitos.

Conforme já ressaltado, as condições precárias em que tem sido exercida a atividade de magistério ao longo dos anos justificam o tratamento especial conferido pela Constituição aos professores do ensino básico que hoje pleiteiam aposentadoria. É certo que, atualmente, mudanças sinalizam uma paulatina alteração desse cenário. No entanto, essas melhoras não podem desfazer o compromisso assumido pelo constituinte com a geração passada, que enfrentou toda sorte de dificuldades nos primeiros passos do processo de construção de uma sociedade educada.

É com essa densidade valorativa que as normas legais que disciplinam a aposentadoria do professor do ensino básico precisam ser interpretadas. E a forma de cálculo preconizada pelo artigo 29, I e §9º da Lei nº 8.213/91 vai de encontro à vantagem assegurada pelo artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988, ao impedir que o professor do ensino básico antecipe sua aposentadoria. A incidência do fator previdenciário, ainda que amenizada pelo bônus de tempo de contribuição previsto no §9º do primeiro dispositivo, reduz a renda do benefício em face das variáveis de idade e expectativa de vida.

A jurisprudência de Tribunais Regionais Federais, infelizmente, tem adotado tese contrária. Vejam-se, exemplificativamente, os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA DE PROFESSOR. MODALIDADE DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO EXCEPCIONAL. FATOR PREVIDENCIÁRIO. I - Conforme o disposto no artigo 201, § 7º, I e § 8º, da Constituição da República, e artigo 56 da Lei n.º 8.213/91, a atividade de professor deixou

---

<sup>26</sup> FREIRE, Paulo. **Direitos humanos e educação libertadora**. In: \_\_\_\_\_. **Pedagogia dos sonhos possíveis**. Ana Maria Freire (organização). São Paulo: Editora UNESP, 2001. p. 96.

de ser considerada especial para ser contemplada com regra excepcional, em que se exige um tempo de serviço menor em relação a outras atividades, desde que se comprove o trabalho efetivo nessa condição. II - O benefício da autora foi adequadamente apurado, porque de acordo com as regras da Lei 9.876/99, que prevê a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício. [...] (art. 557, § 1º, do CPC) <sup>27</sup>.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PROFESSOR. APURAÇÃO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO, INCIDÊNCIA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO. Incide o fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por tempo de serviço de professor quando a parte autora não tiver tempo suficiente para a concessão do benefício anteriormente à edição da Lei nº 9.876/99 <sup>28</sup>.

Todavia, decisão proferida pelo Ministro Og Fernandes, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, parece abrir precedente para uma mudança de entendimento. Embora não tenha mencionado expressamente a inaplicabilidade do fator previdenciário, a citada decisão considera o magistério como atividade especial, mesmo após a Emenda Constitucional nº 81/81, já que faz referência à aplicação do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992. Observe-se a ementa desta decisão:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. VIA ESPECIAL. APRECIACÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a eg. Terceira Seção, é possível a conversão, como especial, do tempo de serviço exercido em atividade de professor, uma vez que tal atividade era tida como penosa pelo Decreto nº 53.831/64, cuja observância foi determinada pelo Decreto nº 611/92. Precedentes. 3. Agravo

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0039741-81.2012.4.03.9999, Décima Turma, Rel. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. 05 mar. 2013.

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação e Remessa Externa nº 5000937-34.2010.404.7110, Sexta Turma, Rel. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, j. 24 abr. 2013.

regimental a que se nega provimento <sup>29</sup>.

Ressalte-se que a questão em comento já foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Todavia, por decisão monocrática, a Ministra Carmen Lúcia negou seguimento ao recurso extraordinário, sob o fundamento de que a matéria é de ordem infraconstitucional. Nesse sentido:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO <sup>30</sup>.

Sem embargo da posição assumida na sobredita decisão, entende-se que a incidência do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria do professor afronta diretamente o disposto no artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988, ensejando o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

## 6. CONCLUSÃO

A atual sistemática de cálculo da aposentadoria dos professores do ensino básico vinculados ao Regime Geral de Previdência Social está lastreada em uma superficial leitura da legislação infraconstitucional. Apesar de a Constituição Federal de 1988 estabelecer requisitos diferenciados para sua concessão, esse benefício é tratado, na prática, como simples aposentadoria por tempo de contribuição.

Os aspectos histórico-legislativos e políticos verificados na concepção da aposentadoria do professor revelam que se trata de aposentadoria especial. Não a “aposentadoria especial” prevista no artigo 201, §1º (parte final) da Constituição e regulamentada pelo artigo 57 da Lei nº

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1104334, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. 06 nov. 2012.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial nº 699070, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 01 ago. 2012.

8.213/91, mas **benefício de requisitos especiais** albergado pelo artigo 201, §8º da Carta Magna.

Os citados benefícios, embora possuam fundamentos diversos, têm a mesma natureza jurídica. Desta feita, o cálculo utilizado para a concessão da aposentadoria do professor não pode ser diverso daquele aplicado à “aposentadoria especial”.

Ao criar o fator previdenciário, o legislador pretendeu lançar mão de um instrumento de cálculo que garantisse maior correspondência entre a realidade do segurado e o benefício obtido. Esse instrumento visa a assegurar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, desestimulando aposentadorias voluntárias precoces.

A antecipação da aposentadoria em razão de circunstâncias excepcionais não pode ser equiparada ao fato coibido pelo fator previdenciário. Por tal razão, o legislador isentou a “aposentadoria especial” prevista nos artigos 18, I, “d” e 57 da Lei nº 8.213/91 da incidência desse fator. Todavia, em relação à aposentadoria do professor, estabeleceu tão somente um bônus a ser considerado na variável “tempo de contribuição”, determinando a aplicação do fator previdenciário em seu cálculo (art. 29, §9º, II e III, Lei nº 8.213/91).

O bônus em questão não neutraliza a incidência do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria do professor, na medida em que as variáveis de idade e expectativa de vida também refletem negativamente na apuração da renda do benefício. Com isso, tal categoria profissional passa a ser desestimulada a antecipar sua aposentadoria ou é forçada a aceitar a redução de proventos para gozar da benesse constitucional.

Conclui-se, portanto, que é inconstitucional a incidência do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria dos professores do ensino básico vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, porquanto viola o disposto no artigo 201, §8º da Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO. **Como vivem os trabalhadores aposentados da educação?** Brasília, set. 2009. Disponível em: <[http://www.cnte.org.br/images/stories/revista\\_aposentados1.pdf](http://www.cnte.org.br/images/stories/revista_aposentados1.pdf)>. Acesso em: 02 maio 2013.

DARTORA, Cleci Maria. **Aposentadoria do professor: aspectos controvertidos**. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012.

Decreto das Jubilações dos Professores e Mestres Regios de Primeiras Letras, Grammatica Latina e Grega, Rhetorica e Filosofia. **Collecção dos Decretos, Resoluções e Ordens das Côrtes Geraes, Extraordinarias e Constituintes da Nação Portugueza, desde a sua installação em 26 de janeiro de 1821**. Coimbra, 1822. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=SoZPAAAYAAJ>>. Acesso em: 02 maio 2013.

ESTEVE, José Manuel. **O mal-estar docente: a sala de aula e a saúde dos professores**. Durley de Carvalho Cavicchia (tradução). Bauru: EDUSC, 1999.

FONSECA, Selva Guimarães. **Ser professor no Brasil: história oral de vida**. Campinas: Papirus, 1997.

FRANCHI, Eglê Pontes. **A insatisfação dos professores: conseqüências para a profissionalização**. In: \_\_\_\_\_ (org.). **A causa dos professores**. Campinas: Papirus, 1995.

FREIRE, Paulo. **Direitos humanos e educação libertadora**. In: \_\_\_\_\_. **Pedagogia dos sonhos possíveis**. Ana Maria Freire (organização). São Paulo: Editora UNESP, 2001.

FUNDAÇÃO ANASPS. **Evolução da Previdência Social**. J. B. Serra e Gurgel (pesquisador). Brasília, 2007. Disponível em: <[http://www.anasps.org.br/evolucao\\_historica\\_previdencia.pdf](http://www.anasps.org.br/evolucao_historica_previdencia.pdf)>. Acesso em: 02 maio 2013.

GIAMBIAGI, Fábio. **A aposentadoria dos professores**. O Globo. Rio de Janeiro, 26 out. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/moreno/posts/2012/10/26/a-aposentadoria-dos-professores-472177.asp>> Acesso em: 01 maio 2013.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Dicionário analítico de Previdência Social**. São Paulo: Atlas, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 17ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivum, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PAPADOPOULOS, George S. **Aprender para o Século XXI**. *In: A Educação para o Século XXI: questões e perspectivas*. Jacques Delors (organização). Fátima Murad (tradução). Porto Alegre: Artmed, 2005.

SALVADOR, Mebel Wolff. **O professor e a Previdência Social**. *In: Professores: direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores no ensino privado – homenagem a Evandro Lins e Silva*. José Luciano de Castilho Pereira (coordenador). São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.



RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM  
FACE DE POLÍTICAS PÚBLICAS OFENSIVAS  
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
INTERNAÇÃO DE PACIENTES COM  
TRANSTORNO MENTAL

---

*Por Wallace Feijó Costa*



# RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM FACE DE POLÍTICAS PÚBLICAS OFENSIVAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: INTERNAÇÃO DE PACIENTES COM TRANSTORNO MENTAL

*Wallace Feijó Costa*

*(Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Defensor Público Federal em Governador Valadares/MG)*

## RESUMO

Trata-se de artigo com o qual se pretende demonstrar como a República Federativa do Brasil, em determinados momentos históricos, adotou políticas públicas que violaram frontalmente os Direitos Fundamentais e quais as iniciativas empreendidas no intuito de reparar os danos advindos dessa escolha. A temática do estudo será os cidadãos internados em hospitais psiquiátricos públicos e as consequências dessa política desastrosa e ineficiente, fomentada pelo Estado e convenientemente ignorada pela sociedade - quando não incentivada - em relação ao tratamento daqueles que teriam algum tipo de patologia mental. O presente estudo tem por fim demonstrar o absurdo da violação aos direitos fundamentais perpetrada nesses locais, sobretudo no Colônia - sanatório situado na cidade de Barbacena/MG - e a atuação do Estado diante da situação consolidada.

**Palavras-chaves:** Direitos fundamentais; Dignidade da Pessoa Humana; Políticas Públicas; Sanatório.

## ABSTRACT

This is article with which we intend to demonstrate how the Federative Republic of Brazil, at certain historical moments, adopted policies that frontally violated Fundamental Rights and what initiatives undertaken in order to repair the damage resulted from this choice. The topic of study will be citizens interned in public psychiatric hospitals and the consequences of this disastrous and inefficient policy promoted by the state and conveniently ignored by society, if not encouraged, in relation to the treatment of those who would have some sort of mental pathology. This study aims to demonstrate the absurdity of the violation of the most fundamental human rights held in

those places, especially in Colônia, sanatorium located in the town of Barbacena/MG, and state action on the consolidated situation.

**Keywords:** Fundamental Rights; Human Dignity; Public Policy; Sanatorium.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. NATUREZA JURÍDICA DO COLÔNIA 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS 3.1 Direito à vida 3.2 Direito à saúde 4. O UTILITARISMO NO TRATAMENTO DOS DOENTES MENTAIS NO BRASIL 5. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS RELACIONADOS AO TRATAMENTO DE DOENTE MENTAIS 5.1 Da imprescritibilidade da demanda indenizatória em razão de tortura 6. AS ATUAIS FORMAS DE COMPENSAÇÃO DOS SOBREVIVENTES 6.1. A analogia com os perseguidos políticos 7. CONCLUSÃO

### 1. INTRODUÇÃO

Os cidadãos submetidos a situações degradantes em hospitais psiquiátricos foram ou estão sendo ressarcidos pelo tratamento imposto a eles pelo Poder Público?

Poder-se-ia enumerar e discorrer sobre várias políticas públicas desastrosas do Estado, tais como os soldados da borracha, incentivados a migrarem para os grandes seringais do norte do país para contribuir com o esforço de guerra, e, posteriormente, obrigados a trabalhar em um sistema escravocrata para readquirirem sua liberdade, caso sobrevivessem às intempéries da selva; ou a criação de leprosários em várias cidades do país para tratamento da hanseníase, que resultou em segregação compulsória de milhares de pessoas do convívio familiar e da sociedade. No entanto, optou-se por demonstrar situação não menos violenta do que as duas já citadas. Pelo contrário, em função da vulnerabilidade dos seres humanos vítimas dessa violação, a afronta é ainda maior, configurando verdadeiro holocausto brasileiro.

O objetivo desse trabalho é realizar um resgate histórico a respeito da violação aos Direitos Fundamentais de pacientes internados em hospitais psiquiátricos, sobretudo à dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à saúde, e trazer a lume as iniciativas tomadas

pelo Estado brasileiro no intuito de ressarcir essas vítimas, além da possibilidade de se socorrer do Poder Judiciário, em último caso, quando configurada a omissão estatal em relação a sua responsabilidade, haja vista seu papel de torturador no Holocausto Brasileiro.<sup>1</sup>

O Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, outrora conhecido como Colônia, serve como exemplo das barbáries cometidas no suposto tratamento oferecido aos doentes mentais. No entanto, apesar da relevância negativa do local, não foi o único a violar os direitos fundamentais de pacientes internados.

Por fim, destaque-se que o presente trabalho não tem como objetivo apresentar qualquer tipo de crítica pessoal aos servidores do hospital, mas apenas relatar a situação vivida pelos pacientes e aferir a eventual responsabilização do Estado.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DO COLÔNIA

O primeiro hospital psiquiátrico de Minas foi criado em 1903, como Assistência aos Alienados do Estado de Minas Gerais, onde antes funcionava um Sanatório particular para tratamento de tuberculose, o qual havia falido e estava desativado. Instalado então, nas dependências do antigo Sanatório de Barbacena, o hospício, segundo registros históricos, está situado nas terras da antiga Fazenda da Caveira cujo proprietário era Joaquim Silvério dos Reis, conhecido na história mineira como o delator do movimento dos Inconfidentes.

Assim, entrava em funcionamento o Hospício de Barbacena, depois chamado de Hospital Colônia de Barbacena. Sua capacidade inicial era de 200 (duzentos) leitos.

Em seguida, o hospital passou a ser chamado de Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, uma Unidade da antiga Fundação Estadual de Assistência Psiquiátrica – FEAP, a qual passa a pertencer à Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais – FHEMIG, fundada pela Lei Estadual 7.088 de 03/10/77, resultado da união de 03 (três) Fundações Estaduais de Assistência à Saúde, entre elas a FEAP (atendimento psiquiátrico).<sup>2</sup>

Logo, caracterizada sua natureza pública, uma vez que fundação vinculada à Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Minas Gerais (SES).

---

<sup>1</sup> A expressão “Holocausto Brasileiro” é tomada de empréstimo da impressionante obra da Jornalista Daniela Arbex: “HOLOCAUSTO BRASILEIRO – Genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil”.

<sup>2</sup> As informações desse tópico estão disponíveis no sítio eletrônico do Museu da Psiquiatria Brasileira: <http://www.museudapsiquiatria.org.br/>

### 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

Não se pretende esgotar o tema desse tópico, haja vista sua vastidão e profundidade não próprias do trabalho que se pretende discorrer. Tampouco, será demonstrada a evolução histórica do Constitucionalismo para fazer referência cronológica sobre a previsão dos Direitos Fundamentais. Ter-se-á como objetivo a conceituação genérica desses direitos e a breve correlação com aqueles considerados mais frontalmente violados no tratamento dos doentes psiquiátricos em regime de internação.

Assim, a dignidade da pessoa humana se trata de um princípio aberto que impõe o reconhecimento de determinados direitos exclusivamente em função dessa condição inata de ser humano. Esses direitos são justamente os Direitos Fundamentais.

Nelson Rosenthal e Cristiano Chaves chamam a atenção para a posição de destaque assumida pela dignidade da pessoa humana pela Constituição de 1988. Nesse sentido:

Assim, como consectário, impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.<sup>3</sup>

No entanto, conforme observado pelos juristas acima citados, a dignidade da pessoa humana não é criação da Lei Maior de 1988, ainda que tutelada por ela. Pelo contrário, trata-se de um direito inato ao ser humano, independente de qualquer formalização para fins de seu reconhecimento, tal qual defendido pela corrente jusnaturalista.

Para o Jusnaturalismo, os Direitos Fundamentais são direitos pré-positivos, ou seja, independem da formalização ou de qualquer construção histórica. Eles existem por si mesmos, decorrem meramente da natureza humana e independem de reconhecimento por parte do Estado.

O Positivismo Jurídico, por sua vez, entende que os direitos Fundamentais são aqueles reconhecidos pelo Estado, por meio de norma posta na Constituição, fato que não impede o

---

<sup>3</sup> ROSENTHAL, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. Direito Civil, Teoria Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 92.

reconhecimento de direitos implícitos, em função do artigo 5º, §2º, da CF.

Fato é que independente da teoria a que se perfilhe (Jusnaturalismo, Positivismo ou Pós-Positivismo), os Direitos Fundamentais merecem proteção e reconhecimento não apenas pela sua importância teórica, mas, sobretudo, pela definição de Pessoa como titular de direitos e garantias mínimas de não violação, em que pese a constatação de completa violação em determinados momentos históricos. Independente de filiação a qualquer teoria, o que se busca é a efetivação dos direitos reconhecidos constitucional e internacionalmente.

No que concerne aos fatos ocorridos dentro de hospitais psiquiátricos – mais especificamente no Colônia –, não houve um só direito fundamental que não tenha sido violado. Em função dessa ampla afronta, optamos por discutir apenas aqueles tidos comumente como os mais importantes: o direito à vida e à saúde.

### **3.1. Direito à Vida**

Trata-se do direito fundamental em essência. Todo ser humano tem direito a vida, não devendo ser privado da possibilidade de usufruir das consequências de suas escolhas. Na ausência deste direito não haveria que se falar nos demais direitos a eles consectários, tais como vida com dignidade, saúde, moradia, liberdade etc. Ainda que se reconheça que tal direito não tem caráter absoluto, restando previsto na Constituição da República de 1988 a exceção do artigo 5º, XLVII, não se pode ignorar que as suas exceções devem atender a critérios estritamente rigorosos para que não se legitimem violações cotidianas através da norma imposta, tal qual aconteceu na Alemanha nazista.

Ainda que a maioria dos casos aqui relatados e passados no Colônia tenham ocorrido durante períodos de exceção na História política brasileira, a internação de pacientes deveria ter sido realizado de maneira humanizada, e não da forma degradante como ocorrera.

Porém, quando se interpreta o direito à vida em conjunto com todos os seus consectários, a situação experimentada pelos internos se torna ainda mais violadora.

Inseridos dentro de um ambiente de total hostilidade, os internos deixavam de ser tratados como seres humanos, passando a viver em condições de higiene degradantes e submetidos a práticas de tortura e outras sevícias. Esse mesmo tratamento era concedido inclusive àqueles internos que não apresentavam qualquer patologia, pessoas mentalmente sãs que foram

internadas sem qualquer justificativa médica, apenas para resguardar interesses de terceiros, como por exemplo, uma gravidez indesejada e fruto de um relacionamento extraconjugal.

Não se desconhece que a medicina psiquiátrica daquela época se mostrou terrivelmente equivocada em relação ao tratamento das doenças mentais, inclusive em relação à necessidade de internação. Atualmente, ao menos em teoria, essa medida é vista como uma alternativa apenas para casos considerados graves. No entanto, ainda que se tente justificar os erros cometidos em função do conhecimento científico da época, seções de choque elétrico eram comuns e com finalidades completamente afastadas de qualquer tratamento. Ademais, era corriqueiro que os pacientes não suportassem a descarga e falecessem durante o procedimento. Causa ainda mais indignação os depoimentos que atestam que esses procedimentos foram usados como forma de treinamento para os novos funcionários do hospital.

Os pacientes do Colônia eram reiteradamente submetidos a situações que contribuíram para a sua morte precoce. Conforme relatado pela jornalista Daniele Arbex, no livro “Holocausto Brasileiro”, estavam submetidos a situações de abuso sexual, agressões físicas, alimentação restrita, ausência de roupas próprias e instalações adequadas para suportar o frio da Serra da Mantiqueira, eletrochoque etc. Pode-se citar elucidativo trecho do livro acima mencionado sobre algumas das práticas de torturas e condições de higiene no Colônia:

Relato do primeiro dia de trabalho de uma funcionária:

Junto ao mato havia seres humanos esquálidos. Duzentos e oitenta homens, a maioria nu, rastejavam pelo assoalho branco com tozetos pretos em meio à imundice do esgoto aberto que cruzava todo o pavilhão. Marlene sentiu vontade de vomitar.<sup>4</sup>

Em outra passagem, é relatada uma das seções de eletrochoque a que os internos eram submetidos:

Os gritos de medo eram calados pela borracha colocada à força entre os lábios, única maneira de garantir que não tivesse a língua cortada durante as descargas elétricas. O que acontecia após o choque Cabo não sabia. Perdia a

---

<sup>4</sup> ARBEX, Daniela. Holocausto Brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Geração, 2013, p. 23.

consciência, quando o castigo lhe era aplicado<sup>5</sup>.

Porém, nada é mais aterrorizante do que os treinamentos dos funcionários quando a aula se tratava de eletroconvulsoterapia. Nesse ponto, pedem-se desculpas pela extensão da transcrição, mas faz-se necessário ilustrar a bestialidade humana e a objetivação do ser humano nos hospícios. Vejamos:

Para conseguir crescer profissionalmente dentro do hospital, os interessados precisavam passar por todas as etapas de atendimento na área de saúde, desde a aplicação de injeção até a realização de curativo e do temido eletrochoque. [...]

A colega Maria do Carmo, que também era da cozinha, foi a primeira a tentar. Contou mentalmente, um, dois, três e aproximou os eletrodos das têmporas de sua cobaia, sem nenhum tipo de anestesia. Ligou a engenhoca na voltagem 110 e, após nova contagem, 120 de carga. O coração da vítima não resistiu. O paciente morreu ali mesmo, de parada cardíaca, na frente de todos. [...]

Imediatamente, os atendentes do hospital embrulharam o coitado num lençol, como se aquele não fosse um cadáver. [...]

A segunda candidata se aproximou de outra cama e, trêmula iniciou a prova. O paciente escolhido era mais jovem que o primeiro. Aparentava ter menos de vinte anos. [...] Não resistiu. Era a segunda morte da noite, e as aulas estavam só começando.”<sup>6</sup>

Não havia qualquer respeito à vida naquele local. Como consequência inevitável, também não haveria que se falar em direito à vida. Os seres humanos internados no Colônia foram totalmente despidos de seu caráter humano. Eram tratados como objetos a mercê das vontades daqueles que exerciam uma função pública e representavam o Estado. Difícil argumentar que se tratava apenas da aplicação dos métodos de tratamento disponíveis na época, e não de tortura e homicídio realizado sob o manto do Poder Público.

---

<sup>5</sup> Idem, p. 35.

<sup>6</sup> ARBEX, Daniela. Holocausto Brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Geração, 2013, pp. 36-38.

### 3.2. Direito à Saúde

Conforme o Defensor Público Federal André da Silva Ordacgy, “A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digno de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida<sup>7</sup>”.

No Colônia, a internação dos pacientes se dava sob a justificativa da necessidade do tratamento médico. No entanto, o Estado, a pretexto de melhorar as condições de saúde dos pacientes, os privavam de toda a sorte de direitos, inclusive do direito à saúde, que diante de violação tão afrontosa à vida com dignidade ou mesmo ao simples direito à vida, sem qualquer adjetivação, esvaziava-se completamente essa perspectiva legítima.

Assim, se não havia vida intramuros, menos ainda poderia haver prestação de serviço de saúde ou qualquer intenção terapêutica voltada aos pacientes. Pelo contrário, foram vários os casos de degradação completa da saúde das pessoas que estavam submetidas ao tratamento desumano que lhes eram dispensados, conforme já relatado.

Por isso, apesar de sua importância, tal direito fundamental restou ignorado diante do terror vivido no campo de concentração existente no Colônia.

## 4. O UTILITARISMO NO TRATAMENTO DOS DOENTES MENTAIS NO BRASIL

O Utilitarismo é uma doutrina fundada pelo inglês Jeremy Bentham. Sua máxima era maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. Como forma de atingir esse objetivo, propôs algumas soluções controversas em relação a situações que causariam repulsa ou diminuiriam a felicidade da sociedade, tal como a existência de mendigos nas ruas de uma cidade.

Michael J. Sandel transcreve a solução apontada por Bentham na questão dos mendigos:

Bentham percebeu, primeiramente, que o fato de haver mendigos nas ruas

---

<sup>7</sup> ORDACGY, André da Silva. O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública. Revista da Defensoria Pública da União. 1ª ed. Brasília: DPU, 2009, p. 16.

reduz a felicidade dos transeuntes de duas maneiras. Para os mais sensíveis, a visão de um mendigo produz um sentimento de dor; para os mais insensíveis causa repugnância. De uma forma ou de outra, encontrar mendigos reduz a felicidade do público em geral. Assim, Bentham propôs a remoção dos mendigos das ruas, confiando-os em abrigos.<sup>8</sup>

Não é necessário um grande esforço hermenêutico para perceber a semelhança da situação entre os mendigos de Bentham e os “loucos” internados pelo país afora. Tais quais aqueles, estes também não proporcionavam felicidade/prazer à sociedade. Pelo contrário, causavam repugnância, vergonha e incômodo naqueles que decidiam enviá-los para seu cárcere perpétuo e condená-los ao esquecimento e à morte.

É certo que dentro dessa teoria utilitarista os direitos individuais não importavam, pois havia um objetivo maior a ser alcançado – a felicidade e o prazer da sociedade. O indivíduo só era respeitado como tal se contribuísse ou não prejudicasse esse fim maior proposto.

Talvez adeptos inconscientes do Utilitarismo, a sociedade e os governantes ocasionaram a morte de 60 mil pessoas entre os anos 30 e 80, somente no Colônia, em Barbacena/MG. Informação trazida por Daniela Arbex nos revela terem sido encontradas condições subumanas em vinte e oito unidades do Brasil, em trabalho realizado em 2004 pela Comissão Nacional dos Direitos Humanos do Conselho Federal de Psicologia e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relata, ainda, que foram encontrados instrumentos de contenção, cadeados, registros de morte por agressão, suicídio e afogamento.

Ainda que o auge da violação aos direitos fundamentais em sanatórios no Brasil tenha se dado entre as décadas de 30 e 80, não se pode afirmar que não haja situações semelhantes nos dias atuais. Fato é que o tratamento dispensado a essas pessoas é inaceitável e deve ocasionar responsabilidades.

## **5. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS RELACIONADOS AO TRATAMENTO DE DOENTES MENTAIS**

De acordo com os ensinamentos do professor Celso Antônio, “entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar

<sup>8</sup> SANDER, Michael J. *Justiça, O que é fazer a coisa certa*. 6ª ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2012, pp. 49-50.

economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos<sup>9</sup>”.

A definição do Professor demonstra claramente que o Estado será responsabilizado se der causa a alguma violação ao patrimônio jurídico de outrem, independente do tipo de comportamento através do qual é gerado o dano.

Há muito se discute a responsabilidade do Estado em face de suas ações e, mais recentemente, suas omissões.

Historicamente, o tema passou por algumas fases. De início, defendia-se a irresponsabilidade do Estado, uma vez que o soberano detinha um poder absoluto, não raramente justificado em razão de um poder divino. Próprio dos Estados absolutistas, o Estado não era responsabilizado por seus atos.

Em seguida, passou-se a adotar a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado em relação a seus atos comissivos. O Estado responderia por eventual dano causado, desde que a vítima demonstrasse sua culpa ou do agente público. Tal teoria está relacionada ao Código Civil de 1916, por essa razão conhecida como civilística.

Por fim, surge a responsabilidade objetiva do Estado, na qual a vítima não precisaria demonstrar o aspecto subjetivo da conduta para responsabilizar o Estado, sendo suficiente a prova do nexo causal com o dano, conforme disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal<sup>10</sup>.

Ainda relacionado com a responsabilidade objetiva do Estado, foi elaborada a Teoria do Risco Administrativo no intuito de limitar os casos nos quais a responsabilidade estatal estaria configurada.

Por sua vez, a Teoria do Risco Administrativo afasta a obrigação de reparar, desde que configurada as excludentes de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Essa teoria tem sido adotada pela doutrina e jurisprudência.

Em contrapartida, a Teoria do Risco Integral não permite qualquer excludente de responsabilidade estatal, ainda que fundada nas três excludentes citadas acima no risco administrativo. Sua aceitação é mais moderada, geralmente vinculada, a título de exemplo, com a

<sup>9</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 983.

<sup>10</sup> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

ocorrência de eventuais acidentes nucleares, uma vez que o Estado assume um risco de tal monta ao investir nesse tipo de energia que qualquer imprevisto ocasionará a sua responsabilização.

No que toca ao tratamento concedido aos internos do Colônia (e a qualquer paciente internado em hospital psiquiátrico e submetido a tratamentos degradantes), faz-se necessário afastar, desde já, um possível argumento de defesa do Estado levantado pelos teóricos da responsabilidade mínima. Poder-se-ia argumentar que o Estado não agiu comissivamente no sentido de internar essas pessoas que teriam sido levadas aos hospícios por aqueles que tinham algum tipo de contato anterior com o doente, tais como pais, irmãos, maridos etc.

De fato isso ocorreu, mas o argumento perde força por duas razões: a primeira, fática e a segunda, jurídica. Quanto à primeira, não é possível excluir os casos nos quais as pessoas foram levadas aos hospícios públicos pelas próprias autoridades, sobretudo as locais. Imagine-se o caso dos mendigos e indigentes. Essas pessoas não teriam quem levá-los à internação, caso precisassem. No entanto, há relatos de pessoas que foram levadas à internação por delegados de polícia, por exemplo. Ressalte-se que não se discriminava, assim como nos casos de pessoas levadas pelos seus familiares, se haveria necessidade médica de internação ou mesmo de qualquer tratamento de saúde mental. Bastava ser vadio, nos termos da Lei de Contravenções Penais, e pobre. Essa última característica era inata ao “vadio” para que fosse considerado doente mental, uma vez que não existiria vadio rico. Essa era a mentalidade utilitarista da época (e atual?).

De outro lado, juridicamente, retornando aos pacientes em hospícios, poder-se-ia falar em responsabilidade por ação ou omissão. Haveria ação quando o Estado e seus agentes impusessem a internação a uma pessoa, bem como quanto ao tratamento cruel dispensado aos pacientes, tal como seções de eletrochoques, agressões físicas, estupros, aplicação de altas dosagens de medicamentos etc. Por sua vez, haveria responsabilidade por omissão na medida em que o Estado, apesar de manter aqueles seres humanos sob sua guarda, não fornecia a eles condições mínimas de dignidade, tal como alimentação equilibrada e suficiente, roupas próprias para o ambiente no qual estavam inseridos, condições mínimas de higiene etc.

Nos casos de omissão, a jurisprudência, majoritariamente, ainda tem adotado o entendimento que impõe a necessidade de comprovação da culpa. Isto é, a responsabilidade deve ser subjetiva para viabilizar a reparação nos casos de atos omissivos. Essa interpretação se deve a uma leitura restritiva do artigo 37, §6<sup>a</sup>, da CF, que fala textualmente em danos causados. Posição que discordamos.

Parece-nos que o entendimento mais correto é aquele no qual se houver o nexo de causalidade entre a omissão e o dano experimentado, a responsabilização estatal dar-se-á de maneira objetiva. Nesse mesmo sentido se manifesta Felipe P. Braga Neto:

A pergunta fundamental nos parece esta: sem a omissão estatal o dano teria ocorrido? Não precisa ser culposa a omissão; de omissão culposa, como de indenização, trata o artigo 186 do Código Civil, em cláusula geral da ilicitude culposa. O Estado responde sem culpa, agindo ou se omitindo, desde que configurado o nexo causal entre o dano e sua atividade<sup>11</sup>.

No entanto, sem perder de vista que essas pessoas estavam sob a tutela do Estado, é irrelevante o meio pelo qual chegaram a essa situação e tem-se reconhecido a responsabilidade objetiva, independente de se tratar de uma conduta comissiva ou omissiva.

Nesse sentido, há vasta jurisprudência nos tribunais superiores reconhecendo a responsabilidade estatal em função, por exemplo, da morte de detentos em presídios e acidentes com alunos de escolas públicas.

Merece destaque o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 1393002/RJ, da relatoria do Ministro Castro Meira, com origem na Apelação nº. 199251010416315, da relatoria do Desembargador Federal Frederico Gueiros. Em que pese não se tenha adentrado ao mérito da discussão, em função da aplicação da Súmula 7 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que girava, sobretudo, em função do valor dito exorbitante da indenização fixada pelo MM. Magistrado de piso e mantida pelo Tribunal *a quo*, o acórdão nos permite ter acesso às razões da condenação imposta ao hospital psiquiátrico – Centro de Tratamento Psiquiátrico Pedro II.

Nesse julgado, a União fora condenada a indenizar a autora no montante de m R\$ 1.962.000,00 - um milhão novecentos e sessenta e dois mil reais, em razão da morte de sua filha dentro do hospital psiquiátrico. Os fundamentos do acórdão recorrido, colacionados no acórdão do STJ, são elucidativos a respeito das razões que levaram à condenação da União, motivo pelo qual pedimos vênua para colacionar trecho dessa citação:

Os elementos carreados aos autos não deixam dúvida de que houve falha na prestação do serviço hospitalar prestado à paciente, eis que a Administração Pública deixou de tomar as precauções que lhe competiam, falhando claramente em seu dever de vigilância. Ao receber um paciente para tratá-lo, a Administração está obrigada a preservar sua integridade física, a atendê-

---

<sup>11</sup> NETTO, Felipe P. Braga. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 248.

lo com diligência e prudência, devendo, para isso, empregar todos os meios necessários.

Descumprida a obrigação, que não se dissocia do dever de vigilância e proteção da equipe de médicos e funcionários do hospital, exsurge o dever de indenizar. O fato lesivo foi exaustivamente comprovado nos autos, consubstanciado na dor pela morte da filha da Autora.

O nexo de causalidade entre a situação de risco criada e o evento danoso é evidente, haja vista que a Administração tinha pleno conhecimento da periculosidade da paciente que praticou o delito e de sua facilidade de soltar-se das amarras, deixando de tomar todas as precauções necessárias, o que facilmente se verifica dos depoimentos colhidos às fls. 19/25.

Pela leitura do texto do acórdão recorrido, conclui-se que o hospital psiquiátrico faltou com seu dever de cuidado em relação à paciente que estava sob a sua guarda; fato que ocasionou o evento morte. Chama a atenção, ainda, o fato de o evento ter sido produzido por outra paciente, qualificada no texto como de periculosidade reconhecida; algo que deveria ter ensejado maiores deveres de cuidado do hospital com todos que poderiam sofrer algum dano em razão dessa peculiaridade. No caso, ambas estavam sob a guarda do Estado e o dano direto foi cometido por pessoa alheia à Administração. Apesar de alegado em sede de recurso, essa peculiaridade é irrelevante para a configuração da responsabilidade estatal em função do contexto fático.

Agressões entre pacientes são relativamente comuns em instituições voltadas ao tratamento psiquiátrico e caberia ao Estado salvaguardar a incolumidade dessas pessoas.

No entanto, aumenta-se a gravidade da situação quando as agressões são causadas diretamente por agentes públicos, conforme excessivamente relatado neste texto e na minuciosa pesquisa realizada por Daniela Arbex.

Assim sendo, não há qualquer celeuma quanto a se reconhecer a responsabilidade objetiva estatal em relação às violações aos direitos fundamentais impostas aos doentes mentais tratados em internação.

## **5.1. Da Imprescritibilidade da Demanda Indenizatória em Razão de Tortura**

Poder-se-ia alegar que eventual pretensão indenizatória dos internos do Colônia, e

de outros internados em situação idêntica, estaria fadada ao fracasso em virtude do impiedoso transcurso do prazo e configuração do instituto da prescrição para acionar o Estado e impor-lhe alguma condenação a título de reparação a danos morais e materiais, nos termos do artigo 1º do Decreto 20.910/1932. Não nos parece, todavia, ser essa a melhor interpretação a respeito do tema.

Aqui o Estado atuou como agente violador direto. Quer dizer, foram os próprios agentes do Estado que realizaram a prática indiscriminada de tortura e homicídio do hospital psiquiátrico. Assim, não há que se falar em prazo prescricional nos casos de afronta aos direitos fundamentais, sobretudo nos casos de tortura. Deve-se analisar a questão dos pacientes mentais submetidos à tortura em consonância com o previsto para os perseguidos políticos torturados durante o período de exceção no Brasil. O benefício da não aplicação da prescrição aos torturados por razões políticas não deve ser entendido como um benefício exclusivo a eles. Fato é que a violação aos direitos da personalidade é imprescritível e, assim como os torturados políticos, e até em uma escala superior, os pacientes internados em hospitais psiquiátricos também não poderiam recorrer ao Poder Judiciário para buscar suas pretensões.

Há vasta jurisprudência reconhecendo a inviabilidade da aplicação do instituto da prescrição em face de atos de tortura cometidos durante o regime de exceção pelo fundamento de se configurar uma violação aos direitos fundamentais, dentro os quais, a título de exemplo, o AgRg no Ag 1391062 / RS, da Relatoria do Min. Benedito Gonçalves, e do AgRg no Ag 1339344/PR, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, ambos do Superior Tribunal de Justiça.

O mesmo raciocínio, por óbvio, se aplica aos seres humanos internados e submetidos a práticas semelhantes às sofridas pelos torturados políticos, sob o engodo de que estariam recebendo tratamento médico.

Ademais, a Constituição da República de 1988 dispõe, nos artigos 1º, III e 5º, III, sobre a dignidade da pessoa humana – fundamento do Estado Democrático de Direito –, a vida, bem como, nessa esteira, a proibição da tortura.

Assim, não há que se falar em prescrição da pretensão porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir correspondente ao direito inalienável à dignidade da pessoa humana.

Importante lembrar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas – incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto-Legislativo 226/1991 (promulgado pelo Decreto 592/1992) – que traz a garantia de que ninguém será submetido a tortura, nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (Artigo 7).

O referido pacto previu a proteção judicial para os casos de violação dos direitos

humanos em questão, conforme art. 2º, *in verbis*:

#### Artigo 2

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

Não devemos olvidar, ainda, que a República Federativa do Brasil havia assinado a Declaração dos Direitos Humanos em 1948, que, apesar de não apresentar força de lei, haja vista não configurar um tratado, traz importantes afirmações em seu texto, conforme destacado pela Professora Flávia Piovesan:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde o seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa humana é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos<sup>12</sup>.

Em seguida, a autora faz importante observação quanto à necessidade dos Estados respeitarem e garantirem os direitos garantidos na Declaração:

Para esse estudo, a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de um tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constantes dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações

---

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 204.

Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo dos direitos humanos.<sup>13</sup>

No que diz respeito à proteção aos Direitos Humanos, o Brasil possui amplo arcabouço normativo em virtude da aprovação e promulgação de tratados internacionais - aprovou a Carta das Nações Unidas pelo Decreto-lei n. 7.935/1945, promulgada pelo Decreto n.19.841/1945; a Declaração Universal dos Direitos do Homem pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/1991, promulgada pelo Decreto n.592, de 06/07/1992; a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo pelo Decreto Legislativo n. 186/2008, nos termos do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, com status constitucional; e a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25/09/1992, promulgada pelo Decreto n. 678, de 06/11/1992.

Assim, qualquer violação atual ensejaria necessariamente a responsabilização estatal em âmbito interno e externo.

## **6. AS ATUAIS FORMAS DE COMPENSAÇÃO DOS SOBREVIVENTES**

A expressão sobrevivente tem sua mais lídima aplicação quando se fala dos pacientes que sobreviveram ao tratamento desumano que experimentaram em diversos hospitais psiquiátricos, haja vista que o número de mortos – 60 mil em 5 décadas, somente no Colônia – comprova o extermínio desses seres infortunados. Conforme já, a situação pouco difere dos sobreviventes do Holocausto judeu, guardadas as devidas proporções.

Somente em 2001 foi sancionada a Lei 10.216, fruto do Projeto de Lei 3.657/1989, da autoria do Deputado Federal Paulo Delgado, no qual se propunha a regulamentação dos direitos da pessoa com transtornos mentais e a extinção progressiva dos manicômios no país.

Segundo Daniela Arbex:

quando a nova legislação foi implantada no país, havia mais de 50 mil leitos em hospitais psiquiátricos, conforme dados do Ministério da Saúde. Dez anos

---

<sup>13</sup> Idem p. 213.

depois, os leitos somavam pouco mais de 30 mil. Nesse período, quarenta e cinco hospitais psiquiátricos foram desativados. Restam 200.<sup>14</sup>

Ademais, segundo a jornalista citada, há mais de 600 casas em áreas urbanas organizadas e preparadas para receberem os egressos de hospitais psiquiátricos e de hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico que perderam os vínculos familiares e sociais. Calcula-se que mais de 3 mil brasileiros vivam em residências terapêuticas.

Em 2003, entrou em vigor a Lei 10.708 que dispõe sobre o auxílio reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internações, fixado originariamente em R\$ 240,00 (duzentos e quarenta) mensais, com reajuste do benefício condicionado à disponibilidade orçamentária. A Portaria 1.511/2013, do Ministério da Saúde, publicada no Diário Oficial da União (DOU) do dia 24 de julho, aumentou o valor do benefício para R\$ 420,00 (quatrocentos e vinte) mensais.

Ademais, alguns sobreviventes recebem o benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo, previsto na Lei 8.742/1993. Porém, tal benefício não tem qualquer ligação com as mazelas sofridas por essas pessoas durante o período de internação. Quer dizer, fariam jus ao valor ainda que não tivessem experimentado o horror dos hospitais psiquiátricos.

Assim, as pessoas que milagrosamente sobreviveram ao Holocausto têm sido compensadas pelo Poder Público com a disponibilização de residências terapêuticas e a insignificante quantia de R\$ 420,00 mensais.

## 6.1 A analogia com os perseguidos políticos

Retornando a comparação das pessoas submetidas à tortura nos hospitais psiquiátricos com os perseguidos políticos durante a ditadura militar, segundo informação do Presidente da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, Dr. Paulo Abraão, repassada ao Portal G1<sup>15</sup> em 2009, 10.800 pessoas até aquela data teriam recebido compensação do governo em razão das perseguições políticas. Essas pessoas foram consideradas perseguidos políticos divididos em dois grupos: a) pessoas perseguidas que perderam seu emprego e b) aqueles que tiveram violados sua liberdade pública e integridade física.

<sup>14</sup> ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Geração, 2013, p. 227.

<sup>15</sup> Informação disponível no portal G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1278006-5601,00-GOVERNO+JA+GASTOU+R+BILHOES+EM+INDENIZACOES+PARA+ANISTIADOS.html>.

Parece-nos, como já se afirmou, que os internados compulsoriamente e submetidos a “tratamentos” degradantes se enquadrariam no segundo grupo dos perseguidos políticos, em caso de aplicação analógica do direito de indenização e pedido de desculpas do Estado pelo tratamento dispensado a eles.

Chama à atenção a declaração do Presidente da Comissão ao mesmo portal de notícias: “No passado, era um perdão que o estado concedia a criminosos que ele mesmo estigmatizava. Hoje, a anistia é um pedido de desculpa que o estado faz para a pessoa que de alguma forma foi perseguida”.

Segundo informações do sítio eletrônico do Ministério da Justiça:

A reparação econômica, segundo a referida Lei, poderá ser concedida em prestação única correspondente a 30 salários mínimos por ano de perseguição política até o limite de 100 mil reais, ou prestação mensal que corresponderá ao posto, cargo, graduação ou emprego que o anistiando ocuparia se na ativa estivesse, observado o limite do teto da remuneração do servidor público federal.

A matéria foi tratada pela Lei 10.559/2002.

Quer dizer, a reparação econômica se dá em virtude da perda de função, cargo ou emprego em razão da perseguição política sofrida.

Pergunta-se, então, a qual tipo de indenização faria jus uma pessoa que passou 30 anos de sua vida submetida a um tratamento desumano e cruel por parte do Estado, sem que ao menos tivesse condições de optar pelo exercício de alguma função? Nesse momento, vale lembrar que os hospitais psiquiátricos tinham finalidade totalmente deturpada, na qual ser portador de alguma doença psicológica era apenas uma de tantas outras características que formavam sua clientela. Em suma, havia pessoas internadas sem qualquer necessidade terapêutica.

Ademais, e esse detalhe é essencial para compreensão do texto, o que se defende é o direito de indenização aos internados submetidos à prática de tortura dentro dos hospitais psiquiátricos, independente da caracterização de eventual perda de uma chance. Parece-nos ser esse o sentido dos precedentes concedendo indenizações aos perseguidos políticos torturados durante o regime de exceção. É irrelevante a perda de função, cargo ou emprego. A obrigação de indenizar ocorre em razão da barbárie realizada por meio da tortura e homicídio daqueles que tinham como atribuição oferecer tratamento às pessoas que estavam sob a guarda estatal.

A analogia com os perseguidos políticos serve tão somente para ilustrar como uma classe de torturados conseguiu ter seus legítimos anseios reconhecidos pelas instituições do país, tal como os Poderes Executivo e Judiciário, enquanto outra segue marginalizada, sem pedido de desculpa oficial.

## 7. CONCLUSÃO

Não há como refutar a responsabilidade do Estado em relação ao tratamento dispensado aos internados para fins de tratamentos de transtornos mentais, mas que foram submetidos a tratamentos violadores de seus direitos fundamentais, quer a violação tenha ocorrido antes ou depois da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Por toda a situação vivida, temos que o apoio oferecido pelo Estado (casas terapêuticas e auxílio reabilitação psicossocial no valor atual de R\$420,00) é insuficiente; restando abertas, em função da omissão estatal, as portas do Poder Judiciário para que eventual reparação seja concedida aos torturados e imposta punição ao Poder Público pela violação aos Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, tal qual ocorre com os torturados pelo regime militar, os egressos de hospitais psiquiátricos tem direito a serem indenizados, independente do decurso do prazo dos acontecimentos em função da não incidência do instituto da prescrição.

## REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Geração, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 10.216/2001, de 06 de abril de 2001. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm). Acesso em: 28 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.559/2002, de 13 de novembro de 2002. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10559.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10559.htm). Acesso em: 28 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.708/2003, de 31 de julho de 2003. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.708.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.708.htm). Acesso em: 28 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 20.910/1932, de 6 de janeiro de 1932. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D20910.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm). Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 1393002/RJ. Relator Ministro Castro Meira. **DJe** 10/11/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1391062 / RS. Relator Ministro Benedito Gonçalves. **DJe** 16/08/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº1339344/ PR. Relator Ministro Herman Benjamin. **DJe** 28/02/2012.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

NETTO, Felipe P. Braga. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ORDACGY, André da Silva. **O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública**. Revista da Defensoria Pública da União. 1ª ed. Brasília:DPU, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Dez. 1948. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf)>. Acesso em 28 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Dez. 1966. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acesso em 28 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Dez. 2006. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=150>>. Acesso em 28 abr. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Nov. 1969. Disponível em:<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 28 abr. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil, Teoria Geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANDER, Michael J. Justiça, **O que é fazer a coisa certa**. 6ª ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2012.



# A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA NA DEFESA E GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

---

*Por José Antonio Cordeiro de Oliveira,  
Elenilze Josefa Diniz e  
Marcelo Alves Pereira Eufrásio*



# A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA NA DEFESA E GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

*José Antonio Cordeiro de Oliveira*

*(Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas-FACISA)*

*Elenilze Josefa Diniz*

*(Mestre e Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE)*

*Marcelo Alves Pereira Eufrásio*

*(Mestre e Doutor em Ciências Sociais da Universidade Federal de Campina Grande. Pesquisador cadastrado no CNPq. Professor e pesquisador do curso de direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas –FACISA)*

## RESUMO

A Defensoria Pública é uma instituição essencial à Justiça, de forma que ela deve garantir acesso à Justiça aos que comprovadamente não dispõem de condições financeiras para arcar com os honorários advocatícios e com as custas processuais. Porém, a efetiva atuação dessa instituição nem sempre atende a demanda dos cidadãos. O presente trabalho tem como objetivo avaliar a atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, especificamente em 3 comarcas localizadas no interior do Estado, no tocante a defesa e garantia dos direitos sociais. O trabalho foi realizado através pesquisa exploratória e descritiva, circunscrevendo em estudo de casos, no qual se descreveu os significados construídos pela Defensoria Pública. Através deste trabalho pode-se perceber que a instituição em estudo ainda não consegue atingir a sua missão constitucional nas comarcas em estudo, por vários fatores, sendo um deles o desconhecimento de seus direitos por parte dos cidadãos. Portanto é essencial que a Defensoria Pública do Estado da Paraíba desenvolva ações que efetivem os direitos sociais, garantidos constitucionalmente, concretizando o acesso à Justiça pelos menos favorecidos, uma vez que a população não é assistida por completo.

**Palavras-chaves:** Defensoria Pública. Missão Constitucional. Direitos Sociais.

## ABSTRACT

The Ombudsman is an institution essential to justice, so that she must ensure access to justice to those who have proven not afford to pay for the attorney fees and court costs. However, the effective operation of the institution can not always meet the demand of citizens. This study aims to evaluate the performance of the Public Defender of Paraíba State, specifically in 3 counties located within the State , regarding the protection and guarantee of social rights. The work was carried out through exploratory and descriptive case study in circumscribing, in which he described the meanings constructed by the Public Defender. Through this work can be seen that the studied institution still fails to achieve its constitutional mission in the counties studied by several factors, one being the lack of rights for citizens. Therefore it is essential that the State Public Defender of Paraíba develop actions that enforce social rights, constitutionally guaranteed, implementing access to justice for the disadvantaged, since the population is not completely assisted.

**Keywords:** Public Defender. Mission Constitution. Social Rights.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. A DEFENSORIA PÚBLICA E A CIDADANIA 2.1 Breve abordagem sobre a questão da cidadania na perspectiva dos direitos sociais 2.1.1 A cidadania no contexto das Constituições Brasileiras 2.2 Aspectos históricos da Defensoria Pública no Brasil 2.2.1 Considerações sobre a Defensoria Pública do Estado da Paraíba 3 ASPECTOS METODOLÓGICOS DA PESQUISA 3.1 Descrição da pesquisa 3.2 Critérios de inclusão e exclusão na região pesquisada 3.3 Procedimentos para coleta e análise dos dados 3.4 Procedimentos da ética em pesquisa 4 SITUAÇÃO GEOECONÔMICA E JUDICIÁRIA DAS COMARCAS DA PARAÍBA 4.1 Caracterização dos participantes da pesquisa 4.2 Obstáculos para efetivação da atuação da Defensoria Pública 5. CONCLUSÃO

## 1. INTRODUÇÃO

Os novos contornos dados ao conceito de cidadania possuem uma estreita ligação com a emergência dos movimentos sociais no início da década de 1980, especificamente no Brasil, cujas reivindicações contribuíram para a incorporação de novos tipos de direitos consagrados na Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>.

O Estado Democrático de Direito a ser garantido por um triângulo equilátero<sup>2</sup>, tendo em cada um de seus vértices, uma instituição estatal essencial à realização da Justiça, quais sejam: o Ministério Público, a Magistratura e a Defensoria Pública. Contudo, a referida instituição ainda sofre equívocos que a impede de desempenhar o seu papel de inclusão social indispensável à efetivação da Justiça<sup>3</sup>.

Nesta perspectiva, questiona-se: quais os principais fatores que exercem influência na atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, no cumprimento da missão constitucional?

Com a realização da pesquisa buscou-se analisar situações concretas, nas quais pode-se examinar a atuação da Defensoria Pública como instrumento de acesso à Justiça, de igualdade e de defesa dos direitos dos menos favorecidos. Além do mais, procurou-se entender as reais dificuldades para a plena realização de sua missão constitucional, frente as conquistas formais dos direitos e ao “desconhecimento” (pela população) sobre o sistema formal de Justiça, pois acredita-se que o aperfeiçoamento estaria relacionado com a disseminação de certas ações direcionadas a incentivar a formação de padrões de comportamento e de cumprimento de obrigações calcados numa sociedade integralmente democrática, que possibilite aos diversos atores sociais envolvidos o aprimoramento de suas práticas, uma vez que, na prática, a conquista e a garantia dos direitos inerentes a cidadania implicam a existência de uma sociedade integralmente democrática.

Portanto, espera-se que os resultados obtidos a partir da pesquisa possam contribuir para o aprimoramento e aperfeiçoamento da atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba.

---

<sup>1</sup> A Constituição Federal de 1988 outorgou importantes atribuições na defesa e garantia dos direitos sociais, sobretudo, estabelecendo que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 2011).

<sup>2</sup> ROCHA, Elaine. **Defensor do Rio de Janeiro destaca necessidade de criação de novas defensorias públicas no País**. 2003, p.25. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/Noticias/detalhes\\_noticias.asp?seq\\_noticia=7791](http://www.stj.gov.br/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=7791)>. Acesso em 29 jan. 2011.

<sup>3</sup> Segundo Carvalho (2001), o Ministério Público e a Magistratura, de certa forma, já foram reconhecidos e desempenham o seu papel. Contudo, a Defensoria Pública ainda não cumpre integralmente sua eficaz e indispensável obrigação constitucional, isto é, enquanto “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa em todos os graus, dos necessitados” (BRASIL, 2011).

Este estudo tem como objetivo geral verificar a atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, no tocante a efetivação do acesso à justiça, a partir de uma análise comparativa nas Comarcas de Soledade, Juazeirinho e Pocinhos. Os objetivos específicos foram: caracterizar os sujeitos (juízes, defensores e cidadãos) envolvidos na pesquisa; constatar as principais dificuldades enfrentadas pelos cidadãos no que tange à acessibilidade da Defensoria Pública; relatar as dificuldades encontradas pelos Defensores Públicos no cumprimento de sua missão constitucional.

## **2. A DEFENSORIA PÚBLICA E A CIDADANIA**

A ampliação das relações sociais juridicamente reguladas pelo Estado implicou na possibilidade de todos os cidadãos demandarem juridicamente a efetivação de seus direitos.

A Defensoria Pública nasce no contexto de democratização e de garantia de inclusão social, no qual os indivíduos passam a dispor de direitos fundamentais que lhes garantam o acesso à Justiça, todavia esta não é a única instituição que tem este objetivo, surgindo exatamente com a Constituição Federal de 1988, tem a finalidade de proporcionar que cada vez mais os menos favorecidos tenham acesso à Justiça.

Portanto, este capítulo pretende expor uma breve discussão sobre cidadania na perspectiva dos direitos sociais, de forma a possibilitar uma ligação com a evolução histórica da cidadania no Brasil e, por último, uma análise da Defensoria Pública.

### **2.1.1 Breve abordagem sobre a questão da cidadania na perspectiva dos direitos sociais**

No Estado Moderno, o conceito de cidadania se refere à condição de um indivíduo como componente de um Estado e detentor de direitos e, ao mesmo tempo, possuidor de obrigações. Em decorrência disso, cidadão, portanto, é a condição de um homem livre, portador de direitos e obrigações, assegurados em Lei.

Tal concepção encontra-se ancorada no pensamento liberal clássico, “segundo o qual a cidadania tem origem no pacto social, quando se funda a nação e se organiza o Estado, pelo estabelecimento de uma constituição”<sup>4</sup>. Contudo, não basta que os direitos e deveres estejam

<sup>4</sup> CAVALCANTI, Rosângela Batista. **Cidadania e Acesso à Justiça**. São Paulo: IDESP, 1998, p. 8.

estabelecidos na Constituição, mas que eles gozem desses direitos e cumpram essas obrigações. Neste sentido, ao estabelecer o grau de extensão da cidadania que o cidadão de fato possui quanto à efetivação de cada direito no seu cotidiano<sup>5</sup>.

A extensão da cidadania, do ponto de vista Marshall, deve ser entendida sob dois aspectos: de um lado, o conteúdo desse direito, do outro a incorporação efetiva da população à prática de um direito<sup>6</sup>.

O próprio Marshall dividiu o primeiro aspecto em três partes, denominando-as de elemento civil, político e social<sup>7</sup>.

O conceito de cidadania estudado abarcou distintos tipos de direitos, de forma que pode conciliar os valores e princípios da democracia liberal (elementos civis e políticos) com preocupações pelo bem-estar material (elementos sociais), e incorporar na questão da cidadania a possibilidade de compensar os efeitos do mercado.

Alguns autores apontam possíveis lacunas teóricas nos postulados de Marshall, por exemplo, diz que este coloca em um mesmo conceito, direitos ou institutos que tem uma estrutura distinta. Para ele os direitos sociais não podem ser colocados no mesmo plano que os direitos civis e os políticos, pois na tradição liberal estes são universais<sup>8</sup>.

No tocante ao aspecto da incorporação efetiva do acesso da população à prática de um direito, nos chama atenção para a importância do desenvolvimento de instituições e procedimentos concretos que assegurem na prática o acesso ao direito, em medida tão próxima quanto possível do ideal estabelecido.

---

<sup>5</sup> MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

<sup>6</sup> Idem, p. 62.

<sup>7</sup> *O elemento civil* é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito a proteção e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. [...] *Por elemento político* se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. [...] *O elemento social*, se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade (MARSHALL, 1967, p. 60).

<sup>8</sup> SGRITTA, 1993.

Ao analisar a teoria de Marshall<sup>9</sup> sobre cidadania reforça a atualidade dos preceitos desenvolvidos<sup>10</sup>. Desta forma, é essencial que não exista apenas os textos legais garantindo os Direitos aos cidadãos, mas que hajam instituições específicas para fazer cumpri-los, de forma que o próprio Estado deve dispor e manter tais instituições.

Ao criticar a teoria de Marshall, mostra que os direitos sociais não são relacionados aos direitos de participação em uma comunidade nacional em comum, mas, somente condições práticas que permitem esta participação<sup>11</sup>. De fato, na prática, a conquista e a garantia dos direitos da cidadania implicam a existência de uma sociedade integralmente democrática, que possibilite a ação de seus cidadãos em permanente atuação ou participação perante o Estado, o qual deve assegurar os direitos fundamentais do cidadão.

Nesta perspectiva, alerta que a questão nem sempre é assegurar os direitos fundamentais, pois o usufruto desses direitos é que deixa a desejar aos que mais precisam de proteção e que seriam seus principais beneficiários, de forma que o Estado, muitas vezes, mostra-se inerte em relação a isso<sup>12</sup>.

Além do mais, segundo o autor supracitado, novos problemas sociais surgiram com o processo de modernização da sociedade, uma vez que, uma parcela da população não tem acesso ao mínimo necessário à sua sobrevivência, sobretudo ao direito à educação, que atua como dispositivo privilegiado de fortalecimento da sociedade civil e dos compromissos públicos, já que, enquanto uma parcela da população estiver confinada, vários problemas ocorrem e continuarão ocorrendo, pois algumas atitudes políticas e regras de exclusão violam princípios da sociedade civil, atingindo alguns direitos básicos, principalmente a educação<sup>13</sup>.

É necessário destacar que, os direitos políticos são complemento dos direitos civis

---

<sup>9</sup> SAES, Dézio Azevedo Marques de. **Cidadania e capitalismo: uma crítica a concepção liberal de cidadania**. 2000. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/16saes.pdf>>. Acesso: em 22 mar. 2011.

<sup>10</sup> É importante notar que, na ótica de nosso autor, não basta que tais direitos sejam “declarados” e figurem algum texto legal para que eles se concretizem e possam ser considerados em plena operação na vida real. Segundo Marshall, a concretização de cada um desses tipos de direito depende da emergência de *quadros institucionais específicos*. Assim, os direitos civis dependem, para que sejam respeitados e cumpridos, do desenvolvimento da profissão especializada de defensor de particulares (isto é, da profissão de advogado); da capacitação financeira de toda a sociedade para arcar com as custas dos litígios (o que implica a assistência judiciária aos pobres); bem como da conquista, por parte dos magistrados, de independência diante das pressões exercidas por particulares econômica e socialmente poderosos. Já os direitos políticos só se viabilizam caso a Justiça e a Polícia criem condições concretas para o exercício dos direitos de votar e de se candidatar. Finalmente, os direitos sociais só serão concretizados caso o Estado esteja dotado de um aparato administrativo suficientemente forte, a ponto de propiciar, a todos, serviços sociais que garantam o acesso universal a um mínimo de bem-estar e segurança materiais (Idem, p.2).

<sup>11</sup> SGRITTA, 1993.

<sup>12</sup> DAHRENDORF, Ralf. **O conflito social moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

<sup>13</sup> Idem.

porque eles representam o “ingresso para a vida pública”<sup>14</sup>. Mas, a condição de “ingresso na vida pública” e o voto como direito político interferiu diretamente na associação entre o cidadão e o eleitor, de forma que os termos são tratados como sinônimos<sup>15</sup>.

Desse modo, a teoria de Marshall apesar de criticada continua sendo referência no estudo de Cidadania, pois sua obra mostra que a cidadania não é apenas uma questão de garantia de direitos e da implantação de instituições estatais que garantam e efetivem esses direitos, mas também implica subordinação dos cidadãos à comunidade, já que existem padrões de comportamento a serem obedecidos e o cumprimento de obrigações na comunidade a que ele pertence, surgindo assim a ideia de uma “cidadania restrita”.

### 2.1.2 A cidadania no contexto das Constituições Brasileiras

Desde que o Brasil tornou-se independente politicamente, a participação do Estado diante dos cidadãos tem apresentadas várias fases, pois ora os direitos individuais eram garantidos, ora retirados, ora ampliados, ora reconquistados. Isso está relacionado diretamente às edições das Constituições Federais Brasileiras que foram outorgadas ou promulgadas.

A Constituição Imperial de 1824 incorporou uma dimensão política da cidadania, na qual foi estabelecido o critério qualitativo com base na renda mínima de 100 mil réis. Os direitos civis e sociais só eram previstos no texto constitucional, mas não eram garantidos, pois uma grande parte da população além de ser pobre era escrava dos grandes senhores e não eram tidos como cidadãos<sup>16</sup>. Isso perdurou por aproximadamente sessenta anos, até que ocorreu a abolição da escravidão no Brasil<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> DAHRENDORF, Ralf. **O conflito social moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992, p. 46.

<sup>15</sup> A cidadania civil é garantida pelo sistema legal, a cidadania política faz parte das instituições representativas dos governos local e nacional, e a cidadania social está ligada, intimamente, ao sistema educacional e aos serviços de saúde e assistência social (CAVALCANTI, Rosângela Batista. **Cidadania e Acesso à Justiça**. São Paulo: IDESP, 1998, p. 18).

<sup>16</sup> PEREIRA, Clovis Brasil. **A história da formação da cidadania no Brasil, da Independência até a “Constituição Cidadã” de 1988**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29463/1>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

<sup>17</sup> Para Soares Júnior, neste contexto histórico, houve dois equívocos: “[...] em primeiro lugar, não era de se estranhar que um povo recém-saído da dominação colonial pudesse *de uma hora para outra comportar-se como cidadãos atenienses*. O segundo equívoco seria que não necessariamente o povo estaria despreparado, mas o governo e as elites tementes as suas perdas prováveis advindas da alternância do poder, que preferiam comprar eleitores, fraudar eleições e comandar pela força o processo eleitoral, ao ponto de no debate político se distinguia o feito por gente igual, e a insurreição, feita por gente menor socialmente” (SOARES JÚNIOR. **Cidadania e Acesso à Justiça**: a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2005, 108 f. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)-Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2005, p. 42).

Apesar do grande avanço da garantia dos direitos na Constituição, a sua efetivação restou completamente comprometida, uma vez que estava instalado o regime do absolutismo.

Com o advento da Constituição de 1891, os direitos individuais passaram a receber mais evidência, sobretudo o direito a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, sendo um marco para a cidadania, todavia os direitos sociais sofreram retrocesso, pois o direito à educação não foi reconhecido como dever do Estado, mas sim obrigação dos particulares. Em relação os direitos políticos, estes eram exercidos apenas de “fachada”, uma vez que a população não participava das decisões políticas.

Em 1930, com Getúlio Vargas na presidência do País, os direitos políticos foram suprimidos e o chefe do executivo nacional foi se fortalecendo cada vez mais. Com a Constituição de 1934 a cidadania é voltada essencialmente a fatores políticos, uma vez que somente alguns trabalhadores, com atividade regulamentada, tinham acesso aos direitos sociais.

Na Constituição de 1937, Vargas conseguiu que os direitos individuais e políticos fossem suspensos, sendo um verdadeiro retrocesso para a cidadania, pois os direitos sociais não eram garantidos para a maior parte da população. Enfim, o Brasil foi dominado pelo poder centralizador, particularmente de 1930 a 1945<sup>18</sup>.

Com o fim da “Era Vargas” e a convocação de eleições, em 1945, brotava uma nova era no Brasil, consolidado com a Constituição de 1946, a qual restabelecia os direitos fundamentais do homem e assegurava, não só no campo formal, os direitos sociais, pois não só uma parcela da população tinha acesso aos mesmos, mas a grande maioria.

Ocorre que Vargas ainda influenciava a política nacional, tanto é verdade que em 1950 conseguiu ser reconduzido ao Poder Executivo Nacional pelo voto do povo, todavia o seu mandato foi marcado por seguidos embates com a oposição.

Diante de uma insatisfação nacional, em 1955 foi eleito para presidente da república Juscelino Kubitschek de Oliveira - JK, que surgia com uma política nacionalista de desenvolvimento. Em 1961, JK, como ficou conhecido, transmitiu a faixa presidencial a Jânio Quadros, o qual renunciou o mandato no mesmo ano, instalando assim uma crise política, pois os militares não aceitavam a posse do vice, João Goulart<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Clovis Brasil. **A história da formação da cidadania no Brasil, da Independência até a “Constituição Cidadã” de 1988**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29463/1>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

<sup>19</sup> Pereira (2011), muito bem descreve o que acontecia naquele momento histórico: “Depois de uma sucessão de primeiros ministros que não conseguiam governar, em 1963, foi realizado um plebiscito para escolha da forma de governo, tendo obtido a preferência popular o regime presidencialista, restabelecendo então ao presidente João Goulart os plenos poderes para governar. A partir daí, o conflito entre *direita e esquerda* se acirrou. Os trabalhadores começaram a se organizar em Centrais Gerais de Trabalhadores, muito embora organizações desse caráter fossem expressamente

Em 1964 ocorreu um colapso na democracia, pois foi instalado o golpe militar, no qual os direitos políticos foram reprimidos com a implantação do bipartidarismo, e o Congresso Federal foi fechado por duas vezes. Os sucessivos atos institucionais suspenderam várias garantias constitucionais, o que abriu as portas para a Constituição autoritária de 1967.

A noção de cidadania sofre uma crise, pois os benefícios sociais voltaram a ser para uma pequena parcela dos brasileiros. Ressalte-se que os direitos previdenciários surgem, apesar de não serem por conquista da população, mas imposição do governo.

A Constituição de 1967 foi alterada pela emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, sendo que alguns doutrinadores chegam a analisá-la como uma Nova Constituição, em virtude de várias das alterações contidas nela. No campo formal, os direitos políticos e civis não sofreram mudanças significativas, continuaram reprimidos.

Com as eleições presidenciais de 1974, o regime autoritário começou a enfraquecer, todavia Ernesto Geisel conseguiu fechar o congresso nacional e legislava por decretos.

Um grande passo para a democracia foi dado em 1978, quando o governo revogou do Ato Institucional nº 5, pondo fim a censura prévia e possibilitando o retorno dos primeiros brasileiros exilados. Tal revogação interferiu indiretamente na eleição do candidato opositor Tancredo Neves, que não chegou a assumir a Presidência da República em virtude de sua morte, assumindo o Vice-Presidente da República José Sarney<sup>20</sup>.

Após diversos e numerosos debates foi promulgada, em 1988, a mais nova Constituição Brasileira, trazendo inúmeras inovações, nos mais diversos aspectos, sobretudo deu destaque aos direitos e garantias individuais, colocando-os logo no início do texto constitucional, mais precisamente no art. 5º e seus incisos, mostrando-se, assim, preocupada com o cidadão como detentor de direitos e merecedor de proteção específica.

Para o debate de cidadania, a Constituição Federal de 1988, foi essencial, pois possibilitou que todos os Estados da Federação e o Distrito Federal criassem suas Defensorias Públicas como forma de ter uma instituição que promovesse mais acesso à Justiça.

---

proibidas por lei; os partidos políticos ganharam alguma expressividade e a mobilização política atingiu a base da sociedade. A mobilização política girava em torno das chamadas reformas de base, que buscavam as reformas agrária, fiscal, bancária, política e educacional” (Idem, p. 8).

<sup>20</sup> Para Pereira (2011), entende que: “O novo governo, então empossado, abriu o caminho para a Constituição de 1988, amplamente discutida e promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte, em 08 de outubro de 1988, representando um importante avanço e fortalecimento ao exercício da cidadania, com o desmantelamento, pouco a pouco, nos anos subseqüentes, da estrutura do regime ditatorial que dominara o país, por mais de 20 anos” (Idem, p. 13).

## 2.2 Aspectos históricos da Defensoria Pública no Brasil

Rotulada como “Constituição cidadã”, a Constituição Federal de 1988, reconheceu a plena autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Já a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Advocacia Pública foram tidos como funções essenciais à Justiça, sendo verdadeiras portas para o ingresso ao Judiciário.

As Constituições anteriores previam apenas o serviço a ser realizado pela União e pelos Estados, não atribuindo qual o órgão que prestaria<sup>21</sup>. A Defensoria Pública é direcionada àqueles que, comprovadamente dispõem de meios financeiros que possam custear as despesas com os processos, sejam administrativos e/ou judiciais, e com advogados particulares. Abrangendo também o patrocínio na esfera extrajudicial (com mediações e conciliações das causas) e na consultoria jurídica (com orientações e aconselhamentos).

Apesar de ser uma atribuição constitucional, existem Estados brasileiros que ainda não constituíram e/ou instalaram suas Defensorias Públicas, a exemplo do Estado de Santa Catarina o qual não criou a referida instituição e do Estado do Goiás que não implantou o serviço, apesar de já ter Lei Orgânica, conforme o III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. O referido diagnóstico elenca que as mais antigas Defensorias Públicas do país estão na região Sudeste, que são as dos Estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais, só depois surgem nos Estados de Mato grosso do Sul, Pará e Bahia<sup>22</sup>.

Baseia-se o autor na ideia de que não havendo um órgão estatal que esteja voltado para a defesa dos direitos inerentes ao povo, este não deve se revoltar contra os acontecimentos e tentar resolver os conflitos com as próprias mãos. Mesmo que alguns Estados ainda se omitam, é obrigação constitucional e cabe a eles instalarem, afim de garantir que todos os cidadãos tenham direito ao acesso à Justiça<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> A Defensoria Pública foi criada originalmente, em nível constitucional, pela Constituição de 1988. Antes dela o que havia nas Constituições era apenas a previsão da prestação do serviço público de assistência judiciária, mas sem a menção ao órgão incumbido de fazê-la (LIMA, 2010. p.72).

<sup>22</sup> Havendo o monopólio da jurisdição, não estando os brasileiros autorizados a fazer justiça pelas próprias mãos, e sob a perspectiva de que se trata de um direito contido na seara do mínimo existencial, é obrigação do Estado prestar assistência jurídica, não se podendo mais aceitar a omissão de Estados quanto à criação de suas Defensorias Públicas, pois o mandamento constitucional não está sujeito a qualquer avaliação do administrador público acerca de critérios de conveniência e oportunidade, cabendo aos demais órgãos públicos e à sociedade civil exigir a constituição dessas Defensorias (CAMILLER, Tatiana de Carvalho. **O Papel da Defensoria Pública para a inclusão social rumo à concretização do Estado Democrático de Direito Brasileiro**. 2008, p. 15. Disponível em:<[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/tatiana\\_de\\_carvalho\\_camilher.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/tatiana_de_carvalho_camilher.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2011).

<sup>23</sup> O Poder Judiciário brasileiro é extremamente demandado, com um elevado número de processos por habitante. Porém, poucas pessoas utilizam muito o Judiciário, ao passo que a grande maioria da população não tem acesso a

Algumas alterações constitucionais e legais fortalecem, cada vez mais, a Defensoria Pública, tais como as alterações no Código de Processo Penal, a criação do Código de Defesa do Consumidor, dentre outras.

Diante dessas alterações legais se fez necessário levantar um diagnóstico da Defensoria Pública, e foi com esse propósito que o Ministério da Justiça vem elaborando desde 2005 o Diagnóstico da Defensoria Pública, tomando por base o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)<sup>24</sup>.

Percebe-se, visivelmente, que os recursos aplicados na Defensoria em 2005 não eram adaptados à realidade dos necessitados, tendo como base a grande quantidade de seu público-alvo, todavia atualmente não é muito diferente<sup>25</sup>.

Com a promulgação da Lei Complementar nº 132/09, de iniciativa do Poder Executivo, a Defensoria Pública obteve um amplo avanço na política nacional de acesso à Justiça, uma vez que a esta instituição passou a ter mais ênfase aos direitos da população desprovida de recursos, criando melhores mecanismos de controle e participação social na sua gestão e ampliando as políticas de prevenção e solução alternativa de conflitos.

É importante compreender que a Defensoria Pública ainda está em construção, tentando cumprir o papel de garantir a assistência jurídica integral e gratuita, sendo um instrumento de inclusão social no Estado Democrático de Direito.

### 2.2.1 Considerações sobre a Defensoria Pública do Estado da Paraíba

Segundo Soares<sup>26</sup>, no dia 30 de Abril de 1969, a Lei Estadual nº 2.067/59 foi a

---

esse sistema. Conclui-se que o fortalecimento institucional e financeiro da Defensoria Pública era fundamental para instrumentalizar o acesso tanto ao direito como à Justiça (SOUSA, José Augusto Garcia. **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 112-113).

<sup>24</sup> Em regra, os serviços da Defensoria Pública são menos abrangentes nas unidades da Federação com os piores indicadores de IDH, ou seja, justamente naquelas onde as desigualdades sociais mais exigem a atuação da Defensoria (SOUSA, José Augusto Garcia. **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 113).

<sup>25</sup> Sousa (2008) afirma que se percebeu que, por exemplo, os Estados do Nordeste pouco investiam na Defensoria Pública já que possuíam um baixo IDH e que de forma geral: “[...] para cada 100.000 brasileiros, correspondem 7,7 juízes e 4,22 promotores, mas apenas 1,48 defensor público. Em termos de gastos orçamentários, a discrepância é ainda maior. Os Estados brasileiros gastam em média, R\$ 85,80 por habitante com três instituições do Sistema de Justiça: 71,3% é destinado ao Poder Judiciário, 25,4% ao Ministério Público e somente 3,3% do total, ou seja, R\$ 2,83, é gasto com a Defensoria Pública (Idem)”.

<sup>26</sup> SOARES, Roberto Sávio de Carvalho. 2011. **História da Defensoria Pública do Estado da Paraíba**. Disponível em:

precursora na referência da assistência judiciária na Paraíba e criava quatro cargos de advogados de ofício, sendo dois destinados a atuarem na Capital do Estado (João Pessoa) e na segunda maior cidade (Campina Grande).

Aos poucos esses cargos foram expandindo e esses advogados eram lotados no Ministério Público, até que em 1980 criou-se a Procuradoria Geral do Estado. Esses advogados eram distribuídos pelo Estado, apenas pelo caráter político, não se preocupando com a real necessidade da população.

Em 1985 foi criada a figura do Defensor Público (antigos assistentes jurídicos), além do órgão da Procuradoria do Estado da Paraíba.

Ressalte-se, que o órgão Defensoria Pública surge somente com a Constituição Federal de 1988, conforme análise no tópico anterior e que os defensores públicos eram nomeados por livre escolha do Governador do Estado, já que com a promulgação da referida Constituição tal prática passou a ser inconstitucional, pois para ingressar na carreira pública é necessário a aprovação em concurso público.

Em 1992, cada unidade do Poder Judiciário passou a ter um advogado de ofício e para cada cidade foi designado um defensor público, sendo adotado o critério de Varas Judiciais para a distribuição dos mesmos. Algumas comarcas passaram a ter 2 advogados nomeados para promover a assistência aos necessitados na forma da Lei, todavia nem sempre estavam presente nas referidas comarcas.

Somente no ano de 2002 é que o Estado ganhou o órgão chamado de Defensoria Pública do Estado da Paraíba. Todos os advogados de ofício passaram a ser chamados de Defensores Públicos e continuaram distribuídos por todo Estado, tendo como dirigentes o Defensor Público Geral, Defensor Público Geral Adjunto e o Corregedor Geral, que nomeações são de livre escolha do Governador do Estado.

Atualmente, ocupa o cargo de Defensor Público Geral o Defensor Vanildo Oliveira Brito, o cargo de Defensor Público Geral adjunto é ocupado pelo Defensor Charles Gomes Pereira e o cargo de Corregedor Geral é ocupado pelo também Defensor Francisco Ramalho de Alencar.

---

< <http://www.defensoria.pb.gov.br/historia>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

### 3. ASPECTOS METODOLÓGICOS DA PESQUISA

#### 3.1 Descrição da pesquisa

Quanto à abordagem deste estudo, trata-se de pesquisa qualitativa, cuja finalidade foi descrever os significados construídos sobre a Defensoria Pública do Estado da Paraíba. Com relação aos objetivos, pode-se classificar a pesquisa como sendo exploratória e descritiva, com o intuito de demonstrar a atuação da Defensoria Pública a partir de observações e descrições das áreas e atores sociais envolvidos. Quanto aos procedimentos, a pesquisa circunscreve-se em estudo de casos, com a finalidade de relacionar ações e opiniões das pessoas envolvidas com a problemática da situação.

A pesquisa foi realizada em três Comarcas de 1ª Entrância localizadas no interior do Estado da Paraíba, sendo elas, a Comarca de Soledade, da qual fazem parte os municípios de Olivados, São Vicente do Seridó e Cubati. A Comarca de Juazeirinho, cujos municípios integrantes são Santo André e Tenório. E, finalmente, a Comarca de Pocinhos, da qual faz parte o município de Puxinanã.

O Estado da Paraíba conta com 395 defensores, que estão distribuídos na Capital e no interior, atuando nas 73 (setenta e três) Comarcas instaladas no Estado. A amostra foi composta por três comarcas (Soledade, Pocinhos e Juazeirinho) escolhidas aleatoriamente. Cada comarca possuía, na época da coleta de dados, três juízes atuando em ambas a comarca e um defensor público atuando na comarca de Pocinhos<sup>27</sup>.

Na época da pesquisa, tramitavam aproximadamente três mil processos nas três comarcas. Optou-se por uma amostra não probabilística por acessibilidade junto àqueles cidadãos que buscaram os serviços da Defensoria Pública do Estado da Paraíba nas comarcas em estudo.

Para tanto, foram entrevistados os vários sujeitos sociais, envolvidos na instituição da Defensoria Pública, especificadamente nas Comarcas pesquisadas, que aceitaram em participar da pesquisa assinando o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Portanto, nossa amostra foi composta por: três defensores, três juízes e seis cidadãos que necessitaram ou necessitam dos serviços prestados pela referida instituição.

---

<sup>27</sup> SOARES, Roberto Sávio de Carvalho. 2011. **História da Defensoria Pública do Estado da Paraíba**. Disponível em: <<http://www.defensoria.pb.gov.br/historia>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

### 3.2 Critérios de inclusão e exclusão na região pesquisada

Foram incluídas na amostra as Comarcas de Soledade, Pocinhos e Juazeirinho, nas quais esperou-se encontrar, pelo menos, um juiz e um defensor público; também foram incluídos aqueles sujeitos (cidadãos) que haviam necessitado dos serviços da Defensoria Pública e os que desejassem participar voluntariamente na pesquisa.

Foram excluídos aqueles que não se enquadrarem dentro do perfil acima estabelecido e não desejaram participar voluntariamente da pesquisa.

### 3.3 Procedimentos para coleta e análise dos dados

As técnicas de pesquisa para coleta de dados utilizadas foram: primeiramente, a documentação indireta: fontes secundárias e primárias. Na primeira, o objetivo foi realizar uma pesquisa bibliográfica selecionada e discutida sobre o tema abordado; quanto à segunda, buscou-se coletar dados restritos a documentos, cuja característica circunscreve-se na chamada pesquisa documental.

Esta etapa da pesquisa consistiu-se em abordar uma reflexão em dois planos: um teórico-conceitual e outro instrumental, ligando este último a condições de operacionalização. Assim, no plano teórico-conceitual retomam-se algumas discussões sobre cidadania, direitos sociais, acesso à Justiça e participação, a partir da literatura internacional e nacional, tendo em vista a realidade brasileira. Para desenvolver o plano instrumental, foram selecionadas algumas categorias e conceitos, que serão analisados a partir dos dados empíricos coletados. Por isso, a importância da segunda etapa da pesquisa.

A segunda etapa da pesquisa consistiu-se na utilização de fontes primárias, através da pesquisa de campo, cuja modalidade de técnicas de coleta de dados utilizada é a observação direta intensiva e extensiva<sup>28</sup>. Mais, precisamente, utilizou-se a entrevista estruturada e um questionário estruturado com o propósito de atender aos objetivos desta pesquisa. A aplicabilidade das referidas técnicas consiste em identificar nos discursos dos atores sociais envolvidos na instituição da Defensoria Pública do Estado, nas Comarcas a serem pesquisadas, o alcance da efetivação

---

<sup>28</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

daqueles direitos individuais e coletivos assegurados legalmente.

Os dados coletados através das entrevistas foram analisados sob o ponto de vista qualitativo. Portanto, buscou-se construir, a partir dos discursos dos diversos atores sociais envolvidos, a atuação da Defensoria Pública nas comarcas em estudo. Assim, avaliou-se a representação do discurso não só como um elemento da linguagem de texto, mas como uma dimensão da prática social.

Neste sentido, a análise das entrevistas efetuou-se em 3 (três) fases inter-relacionadas: a edição (categorização, codificação e classificação); a apresentação dos dados e as análises interpretativas. Assim, as entrevistas passaram por estas três etapas e foram divididas em unidades temáticas (categorias qualitativas), as quais permitiram elaborar conclusões interpretativas, identificando nos discursos dos entrevistados as convergências e divergências, e os significados atribuídos pelos mesmos ao tema em estudo.

#### **3.4 Procedimentos da ética em pesquisa**

De acordo com as Diretrizes e Normas de Pesquisa em Seres Humanos, reguladas na Resolução nº 196, de outubro de 1996, todas as pesquisas que envolvem seres humanos realizadas no Brasil devem ser submetidas ao Comitê de Ética em Pesquisa.

Para que a pesquisa se processe é fundamental que os indivíduos envolvidos demonstrem o consentimento livre e esclarecido para participarem da Pesquisa, no qual deve ser ponderada e enfatizada a relevância social da pesquisa.

Portanto, a presente pesquisa já foi submetida ao Comitê de Ética em Pesquisa (CEP/CESED), no ano de 2009, sendo esta aprovada (ANEXO A) e, conseqüentemente liberada para a sua realização.

É necessário elencar que os resultados que ora passa-se a analisar é fruto de uma pesquisa realizada no ano de 2009 nas comarcas de Soledade, Pocinhos e Juazeirinho.

Atualmente, em 2011, voltando às comarcas foi possível observar que o quadro institucional da Defensoria Pública não sofrera alterações. Diante de tal constatação optou-se em continuar com os resultados obtidos durante a coleta de dados.

#### 4. SITUAÇÃO GEOECONÔMICA E JUDICIÁRIA DAS COMARCAS DA PARAÍBA

O município de Soledade está localizado na Mesorregião do Agreste Paraibano a 165,5 Km da capital do estado. O município foi criado em 1885, sua população está estimada em 12.061 habitantes, seu Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é de 0,639, segundo Atlas de Desenvolvimento Humano-PNUD (2000). A economia do município assenta-se basicamente, na agricultura de subsistência, pecuária e no comércio (PARAÍBA, 2005).

O município de Juazeirinho, por sua vez, está inserido na unidade geoambiental do Planalto da Borborema, localizado as margens da BR-230, com população estimada em torno de 9.345 habitantes. A economia do município assenta-se basicamente, na agricultura de subsistência, pecuária, a extração de minério representa uma fonte de renda considerável (PARAÍBA, 2005).

O município de Pocinhos está localizado na mesorregião do Agreste Paraibano, a 132,2 Km da capital do estado, foi criado em 1953. Sua população está estimada em 14.880 habitantes, sendo 7.557 na área urbana, segundo Atlas de Desenvolvimento Humano-PNUD (2000). A economia do município consiste na agricultura de subsistência, pecuária e nas atividades ligadas ao comércio<sup>29</sup>.

A Comarca de Soledade integra os seguintes termos: Olivedos, São Vicente do Seridó e Cubati; a Comarca de Juazeirinho tem como integrantes os seguintes termos: Santo André e Tenório; e finalmente, a Comarca de Pocinhos, da qual faz parte o termo de Puxinaná.

##### 4.1 Caracterização dos participantes da pesquisa

As entrevistas foram direcionadas para magistrados, defensores públicos e advogados que atuam nas três comarcas em estudo, além dos cidadãos que utilizaram ou utilizam os serviços prestados da Defensoria Pública do Estado da Paraíba.

Foram entrevistados 03 (três) Juizes de Direito, os quais confirmaram possuírem graduação em Direito e pós-graduação (especialização), o ingresso na magistratura ocorreu através de concurso público, e estavam atuando no cargo há mais de quatro anos. Afirmaram, ainda, já terem tramitado por várias comarcas do estado da Paraíba.

<sup>29</sup> PARAÍBA. **Projeto Cadastro de Fontes de Abastecimento por Água Subterrânea**. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Geologia, Mineração e Transformação Mineral. Out. 2005.

Entrevistou-se 02 (dois) advogados, bacharéis em Direitos, regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, os quais exerciam na prática o papel de defensor público, isto é, prestavam assistência gratuita à população da comarca onde atuavam. Relataram prestarem assistência por vontade própria, pois não recebiam nenhum salário. De acordo com os depoimentos dos advogados, a assistência prestada gratuitamente ocorria: diante da ausência de defensores (algumas Comarcas pesquisadas não havia defensor) ou porque os defensores públicos atuavam em um único dia da semana, dificultando a realização de audiências, por exemplo.

Foram entrevistados 06 (seis) cidadãos, os quais não tinham o primeiro grau completo, cuja renda familiar era aproximadamente um salário mínimo, os quais confirmaram ter recorrido à Defensoria por não terem condições financeiras de custear os serviços de um advogado.

Durante a realização da pesquisa, foi possível constatar apenas um Defensor Público atuando em uma das Comarcas pesquisadas, ficando as outras duas comarcas sem desassistidas pela Defensoria Pública. Contudo, esse não era o único obstáculo para a atuação da Defensoria, conforme análise a seguir.

#### **4.2 Obstáculos para efetivação da atuação da Defensoria Pública**

Destacam-se nesse ponto os obstáculos ao acesso à justiça, especificamente o acesso aos serviços da Defensoria Pública nas Comarcas analisadas. De acordo, com o art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1998, que dispõe: “O Estado prestará assistência jurídica gratuita integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 2007). Também assegurado pela Lei nº 1.060/50, que estabelece normas para a concessão da justiça gratuita aos que não podem arcar com as despesas de um processo.

De fato, aqueles cidadãos entrevistados apontaram em seus discursos que a busca pelos serviços da Defensoria ocorreu diante da impossibilidade de não poderem arcar com as custas judiciais/processuais. Nos relatos aqueles cidadãos entrevistados, que recorreram a Defensoria Pública da comarca que residem, afirmam:

<p>O acesso à justiça</p> <p>(a busca pelos serviços de justiça – Defensoria Pública)</p>	<p><i>“Bem recentemente necessitei dos trabalhos da Defensoria Pública, em relação a uma ação de alimentos que eu entrei contra [dívidas] meu esposo, e [silêncio] E nesta procura pelos trabalhos da Defensoria Pública eu pude constatar que o Defensor Público não atua aqui na minha cidade, nesta Comarca. Então, por este motivo eu tive que procurar os trabalhos da então advogada Maria Goretti Cordeiro de Oliveira, que foi quem [...] encaminhou esta ação. E quando eu procurei a Defensoria Pública, que dizer a pessoa [a advogada Maria Goretti] foi por causa da minha renda, porque eu tenho uma renda baixa e não tinha condições de pagar os honorários de um advogado. Então, procurei a Defensoria Pública para me auxiliar neste trabalho”. (A. M., 2009).</i></p> <p><i>“Fui procurar a Defensoria por que não tinha condições de pagar um advogado [...] fui procurar pra transformar o desquite em divórcio, quanto procurei fui bem atendido. Eu precisando do divórcio chegou o serviço do governo [ciranda de serviços do Governo do Estado na cidade] oferecendo o serviço gratuito, aí eu fiz o requerimento e fui atendido”. (G.P, 2009).</i></p>
---	---

De fato, a busca pelos serviços da justiça é extremamente onerosa: os honorários do advogado, que em geral são altos, sobretudo, no caso de perder de a ação, para pagar os honorários de outra parte, além dos honorários da mesma. É o chamado ônus de sucumbência, o qual recai sobre o perdedor da causa todos os custos da ação.

O cidadão, desprovido de recursos, ao recorrer ao serviço gratuito prestado pela Defensoria Pública do Estado, se depara com outro obstáculo: o da demora da prestação dos serviços por parte da Justiça, tornando-se um grave obstáculo ao acesso à justiça. Os discursos dos cidadãos entrevistados corroboram para tal afirmação:

<p>O acesso à Justiça (a procura pela Defensoria Pública: as dificuldades)</p>	<p><i>“[risos] Com certeza! [risos]. Infelizmente a realidade de quem precisa dos serviços de graça da justiça se depara com a demora. A Defensoria Pública infelizmente aqui nesta Comarca não funciona. Funciona sim, mas graças ao trabalho prestados por outro profissional, que não ganha como defensor [dúvidas], ai como eu disse a vocês tudo não funciona”. (F. G., 2009).</i></p> <p><i>“Passou uns quatro meses porque passou pra mão de um advogado ai [...] não sei por que ele demorou [incerteza]. Ai, o Juiz nomeou Goretti como defensora pública, ai foi rápido o processo, não demorou mais de um mês [...]”(G.P., 2009)</i></p> <p><i>“Olhe meu fi [...] faz três semana que eu venho aqui nesse fórum através do advogado de ofício [referindo-se ao Defensor Público] e o que Daluz [referindo-se a Secretária do Fórum] me diz que ele não veio. Um dia ela me disse que ele [Defensor] tinha um jornal lá em João Pessoa e que era muito ocupado. Mas isso não tem nada haver, né?” (M.J. L., 2009).</i></p>
--	--

O acesso à justiça pressupõe aquelas situações em que alguns cidadãos são inferiorizados nos serviços de Justiça em razão de diferentes externalidades sociais, legando os processos apenas à sorte do conteúdo do direito da cidadania que se veem subordinados<sup>30</sup>.

Nos relatos dos cidadãos entrevistados foi possível observar as várias dificuldades relacionadas à obrigação do Estado prestar assistência aos necessitados, garantindo, assim a efetivação do exercício de cidadania:

<sup>30</sup> SOARES JÚNIOR. **Cidadania e Acesso à Justiça**: a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2005, 108 f. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)-Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2005.

<p>O desconhecimento dos direitos</p>	<p><i>“Eu tenho três filhos, e meu marido morreu atropelado por um caminhão [...] quando ele morreu eu tava grávida de dois meses da última filha [falou emocionada]. Então, eu no sabia de nada, e quando morre alguém chove de advogado, e lá em casa foi no sei quantos. Mas, me disseram que eu tinha direitos, Eu nem sabia que eu tinha direitos. Ai eu fui procurar já que disseram que eu tinha direito”. (M.J.L., 2009).</i></p> <p><i>“Meu esposo saiu de casa porque arrumou outra, e não me ajudava em nada, eu com dois filhos pra criar. Ai, eu passando por dificuldades [...] E me disseram que eu fosse procurar meus direitos e dos meus filhos. Eu fiquei preocupada se eu ia conseguir mesmo [dúvidas]”. (G.A. 2009).</i></p>
---------------------------------------	---

Na maioria das vezes, os cidadãos não demonstram confiabilidade dos serviços prestados e em outros casos não conhecem quais os seus reais direitos. Sobre tal questão um Magistrado relatou:

<p>O desconhecimento dos direitos</p>	<p><i>“Só para ter noção, observo que, existem três tipos de pessoas que me procuram aqui. O primeiro são as pessoas que não encontram o defensor público; o segundo grupo de pessoas são aquelas que não sabem qual é o papel dele, essas pessoas são as mais difíceis de entender as coisas, porque acham que tudo é obrigação do juiz, e por fim, aquelas pessoas que confiam em seus advogados ” (V.N., 2009).</i></p>
---------------------------------------	--

Os cidadãos são inferiorizados, ainda, ao procurar os serviços da Defensoria Pública, por outra externalidade. Os três magistrados entrevistados e que atuam nas comarcas em estudos, narraram o seguinte:

<p>O acesso à Justiça (a procura pela Defensoria Pública: as dificuldades)</p>	<p><i>“O descaso é em todo Estado, pois inexistente uma quantidade boa de defensores públicos de carreira que possam atender a todos, e mais ainda inexistente interesse político por parte do governo estadual [...] Só a título de exemplo: quando fui escrivão em Campina Grande, cansei de encaminhar as pessoas à Casa da Cidadania para que fossem atendidas pelos defensores, mas quando chegavam eram informados de que os defensores estavam no Fórum. Então ficava aquela confusão [...] e a demora para prestar assistência [...] E quando o povo encontrava os defensores no Fórum, estes [defensores] mandavam ir para a Casa da Cidadania, dizendo que só atendiam lá [Casa da Cidadania]. Mas, na realidade, nunca havia este atendimento, digo isso sem medo de errar [expressou com tensão]”. (V. N., 2009)</i></p> <p><i>“O Estado não dispõe de uma estrutura física, muito menos humana, para prestar com efetividade esse serviço, que por sinal é um serviço público. É bom lembrar que já existe a Justiça Virtual, mas para que isso chegue até a Defensoria Pública vai ser muito difícil [expressou um certo desencanto]. Lá em Arara nunca vi um Defensor, tínhamos dois advogados pagos pelo prefeito. Em Monteiro era um trabalho inexistente, se aqui é precário, lá era inexistente [risos]. Já peguei Comarca que tinha um defensor, que nem sequer sabia português. Era um absurdo! Não sabia, nem tinha interesse em nada, apesar de está presente todos os dias [afirmou com ironia]” (A. A., 2009).</i></p> <p><i>“Aqui mesmo nós não temos uma sala pra o Defensor, dotada de computador, impressora, né! A única Comarca que eu trabalhei e que eu não senti falta do Defensor foi [parou para refletir] por ser uma cidade grande e ter vários defensores, foi João Pessoa. Campina Grande e Itabaiana sempre tinham defensores. Outras cidades eram um descaso! [indignação] Alagoa Nova não tinha Defensor Público, era um advogado da cidade que fazia esse serviço. Cacimba de Dentro onde eu trabalhei, também não tinha! Já era uma Comarca nova, recém instalada e não tinha Defensor Público.” (I.F.B.A, 2009).</i></p>
--	--

Tal constatação demonstra acerca das limitações da Defensoria Pública<sup>31</sup>. A montagem

<sup>31</sup> SOARES JÚNIOR. **Cidadania e Acesso à Justiça**: a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2005, 108 f. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)-Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2005, p. 69.

institucional dessa instituição revela suas limitações no que diz respeito à possibilidade dela alcançar aqueles propósitos básicos, qualitativos, do acesso à justiça. Limitações que advêm de seu desenho institucional referente à defesa dos interesses coletivos e difusos, insuficiência de recursos (materiais e humanos), baixos salários dos Defensores Públicos, e outras.

Uma das questões abordadas durante as entrevistas com os Magistrados foi sobre a atuação dos Defensores Públicos naquelas Comarcas, os quais relataram que:

<p><i>A atuação dos Defensores</i></p>	<p><i>“Nós tínhamos um Defensor Público aqui na Comarca. [silêncio] Quando eu cheguei aqui em dezembro e janeiro eu sabia que tinha um Defensor Público, mas ele pouco freqüentava a Comarca [indignação]. Então, quem fazia as audiências era o Dr. Barros que um advogado da região e Dra. Kátia. Depois foi que eu soube que ele começou a vir uma vez por semana para fazer atendimento ao público. E atendia a população, fazia as peças, as petições e como já tinha advogados ele não participou de nenhuma audiência comigo. Mas, teve problemas com o Defensor Público de Taperoá e ele foi para lá [...] ele veio aqui e me comunicou que era o último dia dele aqui na Comarca, mas que ia ficar o assistente da defensoria que é o Dr, Barros. (I F. B. A., 2009)</i></p> <p><i>“Numa visão panorâmica, em mais da metade dos processos criminais eu preciso nomear advogados, e isso é ruim [afirmou negativamente] Temos que dar sempre um jeitinho, porque os advogados que são nomeados não têm obrigação de assistilos. Como já disse Dra. Goretti sempre está aqui a nossa disposição e o Dr. Idalgo é pago pela Prefeitura de Cuabti. Já nos processo civis esse número cai, pois percebe-se uma maior participação de advogados particulares.” (V. N., 2009).</i></p>
--	---

No que diz respeito à assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública, especificamente a relação/orientação entre o defensor e o cidadão, no qual a resolução do problema é resolvido de forma extrajudicial, na grande maioria Das vezes. Quando não é possível essa resolução, os defensores preparam as ações e as distribuem. Para tanto, é necessário que os cidadãos confiem no trabalho prestado pelos Defensores e, na ausência desses, pelos advogados. Veja o que foi constatado:

<p><i>A confiança nos serviços prestados pela Defensoria Pública</i></p>	<p><i>“Não! Por que quem me atendeu foi outra advogada que tava substituindo o defensor. Eu quero até corrigir [...] porque eu procurei a advogada que não me auxiliou, mas me acompanhou, né? [...] atendeu minhas as minhas expectativas [...] só foi eu assistir a audiência e assinar, e cada um foi pro seu lado. Compareci no dia que a justiça marcou e pronto da audiência [...]”. (A. M. C., 2009).</i></p> <p><i>“Foi meio difícil, porque era difícil ele vim aqui. Mas, quando ele vinha, ele me atendia ali naquela sala que fica aquele baixinho de bigode [referindo-se à sala da distribuição] e naquela outra sala também [apontando para a sala da Defensoria]. Quanto eu vim, ele [o advogado] mandou trazer os documentos e deu entrada no processo que demorou mais de um ano, mas saiu e eu comprei a minha casinha [...] Ele me acompanhou toda hora, quase todo mês eu vinha aqui, ele me atendia muito bem!” (M. J., 2009).</i></p> <p><i>“Eu mesma procurei essa advogada que defende o povo que procura ela [...] Eu vim no Fórum ela me atendeu, e ela procedeu tudo, me orientou [...] ai as vaias acabarão dentro do ônibus”. (A. M., 2009)</i></p>
--	---

A Defensoria Pública ao incorporar a dimensão social do acesso à justiça, a confiança nos serviços prestados pela referida Instituição passa a ser um elemento essencial. Em seus discursos os cidadãos indicam certo grau de confiança e de satisfação pelos serviços prestados. Ao mesmo tempo, os entrevistados narram as limitações da Defensoria Pública que agravam o sentido efetivo da sua atuação e do seu desempenho.

Em seus discursos Juízes e cidadãos foram enfáticos ao falarem sobre a estrutura da estrutura física que se encontra na Defensoria:

<p><i>A estrutura da Defensoria Pública</i></p>	<p><i>“Gostaria de dizer, que particularmente acho que o poder executivo estadual não está preocupado na atuação da defensoria pública, se estivesse a situação não estaria tão caótica, a ponto de muitas vezes eu ter que destinar penas alternativas para suprir a necessidades instrumentais na sala da defensoria” [...]. (V.N., 2009).</i></p> <p><i>“É extremamente precária [...] tudo é emprestado aqui tem uma salinha pra Dr. Júnior, pior era em Pilões, que tinha um birô no meio do corredor [...]a realidade é que a Defensoria pública não tem estrutura física nenhuma [...] tudo é precário e difícil”. (A.M., 2009)</i></p> <p><i>“Não, considero a estrutura da Defensoria adequada para prestar a assistência aos necessitados. Aqui mesmo em Juazeirinho na não temos uma sala pra o Defensor Público, datada de computador, impressora, né?” (I.F.B., 2009).</i></p>
---	---

Com base nisso, apontam como obstáculo à justiça: os preços dos serviços judiciais cobrados pelo Estado, a instrução insuficiente do cidadão para compreender o conteúdo de direitos úteis para justificar e exigir determinadas formas de participação<sup>32</sup>.

Conforme já mencionado anteriormente, muitos aspectos de inacessibilidade da justiça originam-se, da ausência total de uma educação para a cidadania.

O não reconhecimento de seus direitos é uma das causas da inacessibilidade social, juntamente com falta de informação sobre a efetivação primeira desse direito de petição, que passa pela assistência judiciária gratuita, constituição de advogado dativo, isenção de custas e despesas processuais outras, a exemplo do traslado das testemunhas, perícia, emissão de certidões, dentre outras

Diante do exposto, pode-se concluir que a Defensoria Pública do Estado da Paraíba, especificamente os casos observados foi construída “*de cima para baixo*”, seguindo os mesmos fins

<sup>32</sup> CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

dos direitos sociais no Brasil. Segundo observa Soares Júnior (2005), trata-se de um modelo construído para se antecipar a possibilidade real ou efetiva de organização da sociedade e dissuadi-la de tentar maiores transformações sociais através da Defensoria Pública.

De certa forma, os obstáculos constatados a partir do discurso dos entrevistados, resultam, ainda que indiretamente, em sérios entraves na ampliação da cidadania, especialmente, dos setores mais desfavorecidos na sociedade, já que não podem arcar com honorários advocatícios, por exemplo.

Contudo, a atuação e fortalecimento da Defensoria Pública dependem, sobretudo, de políticas públicas de acesso à justiça, não de governos, mas de Estado, como fiel representante do povo.

## 5. CONCLUSÃO

Este estudo teve inicialmente a necessidade de estabelecer um questionando sobre quais os principais fatores que exercem influência na atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, no cumprimento da missão constitucional?

Na tentativa de encontrar uma resposta plausível para o problema, buscou-se construir um recorde teórico analítico capaz de apontar os fatores que exerciam influência para o desempenho da Defensoria no cumprimento de sua Missão Constitucional. Assim, recorreu-se ao arcabouço teórico construído por Marshall, especificadamente a concepção de cidadania apontada em seus estudos, além de outras contribuições teóricas as quais ajudaram a fundamentar o trabalho.

Marshall, em seus estudos elenca quais os direitos inerentes aos cidadãos (civis, sociais e políticos) e, ao mesmo tempo, a necessidade do Estado criar as instituições (como a Defensoria Pública) capazes de garantir que os referidos direitos serão efetivados.

Ao mesmo tempo, buscou-se no “campo empírico” do problema explorar suas nuances e particularidades, através das narrativas apresentadas pelos cidadãos os quais utilizaram os serviços da defensoria e daqueles que fazem a Defensoria (Defensores Públicos).

Com isso, constatou-se que o desempenho da Defensoria Pública, nas Comarcas pesquisadas, no que diz respeito à operacionalização (obstáculos existentes ou não) em torno da garantia do acesso à justiça, encontrava-se limitado em decorrência de certas externalidades.

Observou-se, inicialmente que a busca pelos serviços da Defensoria ocorria por parte daqueles cidadãos os quais não podiam arcar com as custas judiciais/processuais, que em regra são altos; o desconhecimento da população sobre o sistema formal de justiça, e sobre a importância da sua participação no fortalecimento das instituições representativas e democráticas.

Tais constatações revelam uma característica da sociedade brasileira: a exclusão social a qual produziu uma massa de pessoas socialmente desqualificadas dos valores modernos, tanto para o desempenho produtivo no capitalismo competitivo quanto para o exercício da cidadania.

Outra externalidade, constatada, reveladora dos obstáculos para o desempenho da Defensoria diz respeito à impossibilidade dela alcançar aqueles propósitos básicos, qualitativos, do acesso à justiça. Limitações que advêm de seu desenho institucional, no que diz respeito à defesa dos interesses coletivos e difusos, insuficiência de recursos (materiais e humanos) e baixos salários.

Por sua vez, os magistrados relataram experiências em outras comarcas do Estado da Paraíba, enfatizando sempre a ineficácia dos serviços prestados pela Defensoria Pública, relacionando essa ineficiência à falta de uma estrutura física adequada e de um quadro efetivo de Defensores Públicos. Além do mais, afirmaram que em algumas Comarcas o serviço é prestado por advogados comprometidos com as causas sociais e que, na maioria das vezes, não recebem nenhuma remuneração para realizarem os serviços (atendimentos, audiências, orientações e distribuição de ações), daí a dificuldade de cobrar deles um trabalho mais eficaz.

Em relação ao que afirmaram os magistrados, os pontos levantados puderam ser observados nas constantes visitas realizadas nas comarcas, uma vez que nem todas as comarcas tinham locais específicos para a atuação dos Defensores Públicos e, o mais grave, não se encontrou Defensor Público atuando em duas das comarcas pesquisadas.

Embora a Defensoria Pública não tenha resultado de pressões dos seus beneficiários, sua atuação e fortalecimento dependem de um atendimento digno, estruturado, inserido em uma verdadeira rede de cidadania, mediante estrutura humana e material na conformidade da determinação constitucional.

Foi possível perceber, ainda, que o Poder Executivo Estadual, a quem compete instituir e gerir a Defensoria Pública, não está preocupado com a efetivação dos Direitos Sociais dos cidadão, pois a partir do momento que os deixam desassistidos de Defensores Públicos, estão diminuindo as possibilidades de todos terem acesso à Justiça para garantir os seus Direitos.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2010.
- \_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 45/2004. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2007.
- CAMILLER, Tatiana de Carvalho. **O Papel da Defensoria Pública para a inclusão social rumo à concretização do Estado Democrático de Direito Brasileiro**. 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/tatiana\\_de\\_carvalho\\_camilher.pdf](http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/tatiana_de_carvalho_camilher.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2011.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. 7ª ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2005.
- CAVALCANTI, Rosângela Batista. **Cidadania e Acesso à Justiça**. São Paulo: IDESP, 1998.
- DAHRENDORF, Ralf. **O conflito social moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.
- DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS DE BRASIL. Disponível em: <[http://www.aidef.org/downloads/DEFENSORIAS\\_P%C3%A9BLICAS\\_ESTADUAIS\\_DE\\_BRASIL.pdf](http://www.aidef.org/downloads/DEFENSORIAS_P%C3%A9BLICAS_ESTADUAIS_DE_BRASIL.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2010.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- PARAÍBA. **Projeto Cadastro de Fontes de Abastecimento por Água Subterrânea**. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Geologia, Mineração e Transformação Mineral. Out. 2005.
- PEREIRA, Clovis Brasil. **A história da formação da cidadania no Brasil, da Independência até a “Constituição Cidadã” de 1988**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29463/1>>. Acesso em: 24 mar. 2011.
- ROCHA, Elaine. **Defensor do Rio de Janeiro destaca necessidade de criação de novas defensorias públicas no País**. 2003. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/Noticias/detalhes\\_noticias.asp?seq\\_noticia=7791](http://www.stj.gov.br/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=7791)>. Acesso em 29 jan. 2011.

SAES, Dézio Azevedo Marques de. **Cidadania e capitalismo:** uma crítica a concepção liberal de cidadania. 2000. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/16saes.pdf>>. Acesso: em 22 mar. 2011.

SOARES, Roberto Sávio de Carvalho. **História da Defensoria Pública do Estado da Paraíba.** 2011. Disponível em: <<http://www.defensoria.pb.gov.br/historia>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

SOARES JÚNIOR. **Cidadania e Acesso à Justiça:** a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2005, 108 f. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)-Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2005.

SOUSA, José Augusto Garcia. **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

# COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

---

STJ, REsp 1189608/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy  
Andrighi Julgado em 18/10/2011, DJe 21/03/2012

*Por Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira*



# COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

STJ, REsp 1189608/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi Julgado em  
18/10/2011, DJe 21/03/2012

*Por Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira  
(Advogada. Especialista em Direito Processual Civil com ênfase em Processo Empresarial pela  
Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho,  
Área de Concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade, Linha de Pesquisa Justiça e o Paradigma  
da Eficiência).*

## 1. INTRODUÇÃO

Trata-se da formulação de comentários ao acórdão da lavra do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado: “Processual Civil. Cumprimento de Sentença. Início do prazo para o cumprimento voluntário da decisão. Réu revel, citado fictamente. Intimação para a fluência do prazo estabelecido no art. 475-J do CPC. Desnecessidade”. Portanto, o tema que ao qual o Recurso Especial nº. 1.189.608 faz referência diz respeito à ausência de ingresso superveniente, nos autos do processo sincrético, do réu citado fictamente.

Considerando-se que a fase de cumprimento de sentença está inserida na mesma relação processual instaurada com a propositura da ação, a execução do título judicial prescinde da formação de processo novo e autônomo, procedendo-se ao cumprimento da sentença sem solução de continuidade.

Assim, não há necessidade de ser realizada nova citação, objetivando a formação de nova relação jurídico-processual. Por outro lado, o artigo 475-J, do Código de Processo Civil, ao prever o prazo de quinze dias para que o devedor, condenado, efetue o respectivo pagamento, foi omissivo quanto à necessidade, ou não, de ser realizada a sua intimação.

Este **silêncio** acerca da intimação do devedor para cumprir voluntariamente o julgado fomentou inúmeros debates em sede doutrinária e também gerou divergências jurisprudências, até que prevaleceu, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento segundo o qual há necessidade de o devedor ser intimado, na pessoa de seu advogado, para que tenha início a fluência

do prazo para o cumprimento da sentença. Isto é, a Corte Especial sedimentou a interpretação de que a fluência do prazo do artigo 475-J do CPC começa no primeiro dia útil subsequente à data da publicação da intimação do devedor na pessoa de seu advogado <sup>1</sup>.

Neste sentido, nos casos citação ficta do réu revel, a intimação do devedor era feita ao seu curador especial, nomeado para defender os seus interesses, nos termos do artigo 9º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ocorre que o curador especial do revel, muitas vezes, não possui contato com ele e sequer o conhece, o que impossibilitaria a comunicação entre ambos e comprometeria o efetivo cumprimento da sentença por parte do vencido.

Em razão disso, seria inócua a intimação do curador especial, para que fosse iniciada a fluência do prazo de quinze dias para o cumprimento da sentença condenatória pelo demandado, motivo pelo qual o Superior Tribunal de Justiça excepcionou a necessidade intimação do curador do especial do revel.

## 2. DESENVOLVIMENTO

Contemporaneamente, entende-se que o processo civil democrático contempla o acesso à justiça sob a perspectiva do exercício dos direitos constitucionais de ação e de defesa, porque “é indispensável que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar” do processo <sup>2</sup>.

Desta forma, observa-se que o réu tem lugar na estrutura dialógica do processo civil, impondo-se que os litigantes tenham paridade de armas e igualdade de oportunidades processuais, tanto que o artigo 214, do Código de Processo Civil prevê que o válido desenvolvimento do processo pressupõe a citação do réu.

Com efeito, apesar da obrigatoriedade da citação, que integra o demandado à relação processual, o exercício do direito de defesa não é *obrigatório*, pois de acordo com os artigos 319 e 322, também do Código de Processo Civil, caso não seja apresentada resposta processual adequada, nos moldes e prazos legais, há possibilidade de presunção de ser aplicada a presunção

---

<sup>1</sup> Cf. STJ, REsp 940.274/MS, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para o acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe de 31/05/2010.

<sup>2</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol.1. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.118.

de veracidade dos fatos alegados pelo autor bem como na dispensa da intimação judicial para a prática dos atos processuais.

Ocorre que tais efeitos decorrentes da revelia sofrem flexibilização quando esta advém de citação realizada fictamente, por hora-certa ou por edital. Nestes casos, “a ciência do réu sobre a propositura da ação acontece por mera ficção legal, sendo pouco provável que tenha ele efetivo conhecimento a respeito de tal propositura”<sup>3</sup>.

Não obstante inexistir certeza quanto à efetiva ciência do demandado, para que o processo possa seguir a sua marcha, por presunção legal, considera-se produzida a finalidade informativa do ato e, para suavizar as externalidades da revelia, nomeia-se curador especial para atuar em defesa dos interesses do revel citado fictamente.

Desta forma, o curador designado pelo Juízo, em atenção ao que dispõe o artigo 9º, inciso II, do Código de Processo Civil, age nome próprio para a defesa dos interesses (alheios) do revel, com o intuito de garantir o exercício do direito de defesa, ainda que esta seja exercida de modo puramente formal.

Observa-se que curador do revel por omissão é designado somente após o decurso do prazo sem que tenha sido apresentada contestação pelo réu citado fictamente, sendo incumbido, pelo Juízo, de contestar a demanda. Contudo, não haverá aplicação ônus da impugnação especificada dos fatos, sendo possível ao curador apresentar a chamada contestação por negativa geral, a qual terá o condão de tornar controvertidos os fatos narrados pelo autor na petição inicial, voltando a recair sobre ele o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito.

Sob outro prisma, salienta-se que a atuação do curador especial constitui múnus público sem o qual o processo padece de nulidade. Porém, isto não significa que é produzida a purgação da revelia, a qual ocorre quando do ingresso superveniente do revel nos autos do processo, representado por patrono constituído para a sua defesa.

Nesse sentido, como regra, o curador especial nomeado para a defesa dos interesses do revel citado fictamente receberá as intimações destinadas ao ocupante do pólo passivo da demanda. Contudo, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, mitiga-se a aplicação da concepção de que:

o devedor deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, mediante

---

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006. p.118.

publicação na imprensa oficial, para cumprir a sentença e efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, deve incidir a multa de 10% sobre o valor da condenação<sup>4</sup>.

Isto porque a curadoria especial desempenhada pelos integrantes da carreira da Defensoria Pública não pode assumir “o encargo de comunicar a condenação ao réu, pois não é advogado da parte”, fazendo, que o prazo flua **automaticamente**.

De fato, na fase do cumprimento de sentença, considera-se que a intimação do curador do revel por omissão seria inócua, tendo em vista que a satisfação da obrigação de pagar quantia depende da atuação do próprio executado, do qual o curador, na maioria das ocasiões, sequer teve notícia ou contato pessoal.

Deste modo, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de dispensar a intimação do curador do revel por omissão para o cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia.

Além disso, por considerar que a realização de pagamento de crédito ao exequente configura ato personalíssimo e que o curador especial, não sendo advogado do revel, não pode assumir o ônus de atuar como advogado da parte e receber em seu nome a intimação para cumprimento da sentença, também foi decidido que seria incabível a intimação pessoal do próprio revel, a qual “traria os mesmos entraves que à citação na ação de execução trazia à efetividade da tutela jurisdicional executiva”.

### 3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, colhe-se que o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de ser desnecessária a intimação do curador do revel citado fictamente para que tenha início o prazo de quinze dias previsto no artigo 475-J, do Código de Processo Civil.

Assim, nos comentários ao Recurso Especial nº. 1.189.608, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, destacou-se que a bilateralidade constitui exigência do modelo constitucional de processo civil, de forma que a real participação dos litigantes seja assegurada, compreendendo-se tanto o direito de ação quanto o direito de defesa.

---

<sup>4</sup> Cf. STJ, REsp 1262933/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 19/06/2013, DJe 20/08/2013.

Analisou-se, em síntese, a não-purgação da revelia decorrente de citação ficta, no âmbito do sincretismo processual, sob a ótica do artigo 475-J, do Código de Processo Civil, sobrelevando-se o tratamento que deve ser atribuído ao demandado que, citado fictamente, não promove ingresso posterior nos autos da ação, em cotejo com o papel desempenhado pelo curador especial nomeado para a defesa de seus interesses em relação ao desenvolvimento de um processo civil equo e democrático.

Por fim, conclui-se que, em regra, o curador especial deverá atuar no processo até que haja purgação da revelia, recebendo as intimações destinadas ao réu revel. Porém, nos casos de cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia, transitando em julgado a sentença, exclui-se a aplicação deste entendimento, dispensando-se a intimação do curador especial porque, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, diante da ausência de laços e de comunicação entre o revel e o seu curador, bem como em razão de este não atuar como advogado da parte, patrocinando-lhe a causa.

## REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol.1. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Pesquisa. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>.



# COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

---

Tribunal de Justiça do Acre, Liminar em Ação Civil de Improbidade Administrativa n.º 0700147-09.2013.8.01.0007, Vara Única – Cível da Comarca de Xapuri, Juiz de Direito Luis Gustavo Alcalde Pinto, julgado em 13/06/2013

*Por Erik Palácio Boson*



# COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

**Tribunal de Justiça do Acre, Liminar em Ação Civil de Improbidade Administrativa n.º 0700147-09.2013.8.01.0007, Vara Única – Cível da Comarca de Xapuri, Juiz de Direito Luis Gustavo Alcalde Pinto, julgado em 13/06/2013**

*Por Erik Palácio Boson*

*(Defensor Público Federal no ABC/SP. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia - UFBA e Bacharel em Direito na mesma instituição)*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende tratar sobre a decisão liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública por ato de Improbidade, ajuizada pela Defensoria Pública do Acre contra o Prefeito do município de Xapuri.

A demanda versa sobre o ato do aludido prefeito que, em 30 de abril de 2013, entendeu por sancionar a Lei Municipal nº 764/2013, pela qual foi criado o “serviço de assistência judiciária gratuita”, financiado pelo município.

Interessante registrar que a Administração municipal, ao legislar sobre assistência jurídica, não esqueceu de proteger os interesses financeiros do próprio ente municipal. Isso porque a esta “Defensoria Pública Municipal” foi expressamente vedada qualquer demanda que envolvesse ou pudesse envolver, no polo passivo, qualquer ente da Administração Pública direta ou indireta do referido município, ou ainda do estado e da União. Não por acaso, o referido serviço ainda seria prestado por advogado que ocuparia um cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração pelo chefe do Poder Executivo.

Sob o argumento de que a criação da “Defensoria Pública Municipal” configuraria flagrante desrespeito à Constituição Federal (art. 24, III), com aptidão para prejudicar sobremaneira o interesse dos grupos e indivíduos hipossuficientes, a Defensoria Pública do Estado Acre ajuizou Ação de Improbidade pleiteando a suspensão imediata dos efeitos da aludida lei municipal.

Em decisão liminar foi proferida decisão liminar que expressamente reconheceu a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar Ações Cíveis Públicas por Ato de Improbidade Administrativa.

A despeito do juízo de valor que se possa fazer acerca de outras questões que tangenciam o que foi postulado na demanda<sup>1</sup>, essa é a parte da decisão que se pretende colocar em destaque: o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas por Ato de Improbidade Administrativa.

## 2. A DEFENSORIA NO CONTROLE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

É bem verdade que a Lei de Improbidade Administrativa, conforme ensinado doutrinariamente, é lei de direito substancial cujos preceitos são veiculados judicialmente pelo instrumental fornecido pela Lei da Ação Civil Pública. É dizer, uma Ação de Improbidade é uma Ação Civil Pública por Ato de Improbidade:

Sob este prisma, tem-se que a Lei 8.429/1992 não deve ser interpretada isoladamente, posto que componente do microsistema de tutelas coletivas do nosso país. Isso se dá, essencialmente no plano instrumental, pelo fato de que a Lei 8.429/1992 não é uma norma de ritos, mas uma legislação substancial que enumera condutas (*contra legem*), definindo sua exegese e sanções.

Assim, devido à conexão sistemática entre as Leis 7.347/1985 e Lei 8.429/1992, a ação civil pública é o instrumento adequado para a repressão dos atos de improbidade administrativa.<sup>2</sup>

Assim considerada a Ação de Improbidade, deveria ser despicando afirmar que, sedimentada a legitimidade da Defensoria para a propositura de Ação Civil Pública, por decorrência lógica imediata, a instituição também deveria ser considerada legitimada para a Ação

---

<sup>1</sup> Seria constitucional a prestação de assistência jurídica por municípios? Seria o ato político de sanção de lei sindicável judicialmente? Em caso afirmativo, seria possível uma responsabilização pessoal do prefeito pela referida sanção ou seria possível apenas uma suspensão dos efeitos da lei? Seria adequada a escolha da Ação de Improbidade para veicular esse pedido? Não seria o caso de ADI, e, portanto, de causa de competência originária de Tribunal?

<sup>2</sup> KIRCHNER, Felipe; KETTERMANN, Patrícia. **A legitimidade da Defensoria Pública para o manejo de Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa.** In: **Revista dos Tribunais.** São Paulo, vol. 929, mar/2013.

de Improbidade.

A despeito da evidente coerência desse raciocínio, já existiu paradigmático precedente anterior no qual a questão da legitimidade da Defensoria Pública foi questionada por membro do *Parquet*.

Naquela ocasião (Agravo de Instrumento nº 70034602201), o Ministério Público do Rio Grande do Sul postulou a extinção de uma Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa sem resolução de mérito por suposta ilegitimidade ativa da Defensoria.

Tratou-se de postura diametralmente oposta à que foi adotada no presente caso, no qual o Ministério Público, primando pela proteção do interesse dos hipossuficientes, opinou pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria.

Apenas a título de compreensão da evolução do estudo na matéria, sintetiza-se o episódio. A Defensoria Pública da comarca de Bagé, no Rio Grande do Sul, recebeu uma denúncia acerca de irregularidades administrativas que estariam ocorrendo na Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) daquele município. Referida denúncia noticiava diversas irregularidades, dentre as quais se destacou um suposto desvio de verba que deveria servir para a construção de um Centro de Referência da Criança e do Adolescente. Estes supostos ilícitos já haviam feito com que aquela APAE fosse incluída no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) e SERASA, além de ter dado causa a uma intervenção administrativa pela Federação Nacional das APAEs.

Na oportunidade (mesmo em detrimento da proteção dos hipossuficientes) manifestou-se o Ministério Público nos autos, pleiteando a extinção do processo sem resolução de mérito por ilegitimidade ativa.

Após, proferida a decisão judicial que indeferiu o seu pedido e confirmou a legitimidade da Defensoria para aquela ação, o Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento. A esse recurso, fundando-se substancialmente na Proibição do Retrocesso Social e na Máxima Efetividade das normas constitucionais, foi negado provimento em Acórdão que se tornou paradigma no contexto da atuação da Defensoria na tutela do direito difuso à moralidade.

Em ambos os casos, é seguro afirmar que a atuação da Defensoria Pública na proteção da moralidade está diretamente ligada aos seus fins institucionais de proteção dos necessitados.

Interpretação diversa, aliás, no sentido de restringir a legitimidade da Defensoria para a propositura da Ação Civil Pública por ato de Improbidade quando ela está legitimada para propor Ação Civil Pública que objetive a proteção de outros direitos metaindividuais, não é razoável.

Seria o mesmo que apontar a moralidade como uma espécie inferior de direito, que mereceria menor proteção quando em comparação com os demais direitos transindividuais.

O fundamento maior da legitimidade da Defensoria na atuação na proteção à moralidade administrativa é justamente o potencial que a pluralidade de agentes legitimados para essa ação tem na melhoria das condições de vida dos necessitados.

Não há possibilidade de realização da dignidade da pessoa humana se apartada de uma realidade em que se os agentes públicos se norteiem pelos ditames da moralidade administrativa. Pensar uma realização de políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais pela redução da desigualdade social só é possível se aliada à atuação de agentes públicos conforme os parâmetros da probidade. Nesse contexto, verificada a aproximação indissociável dos direitos, não há como afastar a legitimidade da Defensoria Pública para o controle jurisdicional da moralidade administrativa.

Nesse sentido, importante registrar lição de Carlos Eduardo Rios do Amaral:

Ora, sem probidade administrativa não há dignidade da pessoa humana e nem redução de desigualdades sociais. Sem probidade do agente público inexistente Estado Democrático de Direito. E, os direitos humanos naufragam na ausência de probidade do administrador da coisa pública.(...)

A promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados e aos grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado só existe e pode ser levada a efeito quando possível o controle dos atos da administração pelo povo, através da Defensoria Pública (...).<sup>3</sup>

Não parece ser uma atitude racional, portanto, a pretensão de querer cercear a Defensoria Pública da possibilidade de reforçar a proteção à moralidade administrativa. Ao revés, parece de todo contraditório garantir aos necessitados, no plano jurídico-formal, uma instituição com o fim precípua de protegê-los juridicamente, mas tentar alijá-la do processo de controle jurisdicional dos atos que possuem um nítido potencial de agravar as desigualdades sociais. Seria paradoxal.

---

<sup>3</sup> AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Defensoria deve propor ação por improbidade**. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8101>> Acesso em: 05 de abril de 2013.

Ademais, não se pode olvidar que construir uma sociedade justa, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais são objetivos fundamentais da República, sendo a Defensoria Pública instrumento de sua concretização. Deste modo, qualquer hermenêutica constitucional deve partir da premissa de se orientar pela perspectiva de fortalecimento da possibilidade de realização desses objetivos. Qualquer outra possibilidade de interpretação que tenha o potencial de colidir ou desviar-se daqueles objetivos fundamentais deve ser afastada de imediato, sob pena de transmutar a existência da Defensoria Pública em mera legislação-álibi<sup>4</sup>, o que não é admissível.

### 3. CONCLUSÃO

Restringir a legitimidade ativa na atuação da tutela coletiva dos direitos é um risco. A existência de apenas um legitimado pode facilmente significar inércia de atuação, ao passo em que a existência de uma pluralidade de legitimados tem a aptidão de assegurar a proteção daquele direito com uma maior efetividade.

Ademais, qualquer interpretação a respeito da possibilidade de atuação do órgão jurídico constitucionalmente criado para a proteção dos necessitados deve ser orientada precipuamente pelos objetivos de construção de uma sociedade justa, de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades sociais.

Dessa maneira, considerando todo o prejuízo social causado pelos atos que fogem à moralidade administrativa, não concluir pela legitimidade da Defensoria Pública para o controle jurisdicional da probidade é optar por uma exegese que obstaculizaria a realização dos direitos fundamentais, furtando-se à máxima efetividade da norma constitucional, o que não se pode admitir.

---

<sup>4</sup> decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. [...] Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político [...] desempenhando uma função ideológica. NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 49-50.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios. **Defensoria deve propor ação por improbidade**. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8101>> Acesso em: 05 de outubro de 2013.

KIRCHNER, Felipe; KETTERMANN, Patrícia. **A legitimidade da Defensoria Pública para o manejo de Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa**. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 929, mar/2013.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

# COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

---

STJ, Resp 1199715/Rj. Corte Especial. Rel. Ministro  
Arnaldo Esteves Lima. Julgado Em 16/02/2011.  
Publicado No Dje 12/04/2011

*Por Felipe Silva Noya*



# COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

**STJ, Resp 1199715/Rj. Corte Especial. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado Em 16/02/2011. Publicado No Dje 12/04/2011**

*Por Felipe Silva Noya*

*(Defensor Público do Estado da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA - Teoria do Processo e Tutela dos Direitos. Especialista em direito processual civil pelo Instituto JUSPODIVM. Bacharel em Direito laureado pela Universidade Salvador – UNIFACS)*

## 1. INTRODUÇÃO

Em 03.03.2010 o Superior Tribunal de Justiça, diante de diversos precedentes, elaborou o enunciado nº 421 no qual orienta às Cortes inferiores que “os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”.

Todavia, em que pese a súmula ter sido publicada após a Emenda Constitucional nº 45, que conferiu autonomia às Defensorias Públicas Estaduais<sup>1</sup>, e mesmo após as modificações na Lei Complementar nº 80/94, que estabeleceu expressamente como função institucional da Defensoria Pública a execução e o recebimento das verbas sucumbenciais destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública, a Corte Superior não só manteve como ampliou a aplicação do entendimento sumular no Recurso Especial nº 1.199.715, julgado no sistema de recursos repetitivos.

Vale frisar, no entanto, que o precedente, como se verá, além de ser inconstitucional acaba por tornar inócuo o art. 4º, XXI, da Lei Complementar nº 80/94, eis que em tal dispositivo há previsão expressa da possibilidade de débito entre qualquer ente público e a Defensoria Pública, em especial porque eventuais honorários devidos teriam destinação específica para o aparelhamento da Instituição e a capacitação profissional de seus membros.

---

<sup>1</sup> A Autonomia da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal (Emenda Constitucional nº 74/13) apenas reforça a inconstitucionalidade da súmula e a teratologia do julgamento, uma vez que manteve a idéia de que a Defensoria Pública é apenas um “órgão” vinculado à Pessoa Jurídica de Direito Público.

Diante deste panorama é que o presente trabalho se propõe a analisar os fundamentos jurídicos utilizados no malfadado Recurso Especial 1.199.715.

## 2. O JULGADO

Em 16.02.2011, através da relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, foi julgado o Recurso Especial nº 1.199.715, no qual o Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro – RIOPREVIDÊNCIA contestou acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que manteve sua condenação ao pagamento de honorários sucumbências em favor da Defensoria Pública estadual.

Em suas razões, conforme relatado, o recorrente sustentou existir confusão patrimonial, pois a autarquia, mesmo tendo personalidade jurídica própria, faria parte da mesma Fazenda Pública da Defensoria Estadual.

Assim, considerando a existência de múltiplos casos juridicamente semelhantes, o Tribunal de origem selecionou o referido recurso como representativo da controvérsia, tendo o respectivo relator determinado o processamento do feito nos termos do § 1º do art. 543-C, com a redação determinada pela Lei 11.672/08, e no art. 1º da Resolução 8/08 do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que ao proferir seu voto, o então relator fixou a *quaestio juris* na discussão sobre a existência ou não de confusão entre a recorrente, autarquia pública estadual, e a Defensoria Pública Estadual, ou seja, se seria aplicável à espécie a súmula 421 do STJ.

Nesse sentido, o fundo jurídico a ser discutido era não só a extensão do entendimento sumular, é dizer, se se aplicaria também à Administração Indireta, mas sobretudo a vigência do próprio dispositivo, requisito para a sua aplicação.

Assim, em que pese o relator ter partido de pressuposto correto referente à autarquia, qual seja, o conceito de entidades autárquicas de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup>, cometeu equívoco crasso ao definir a Defensoria Pública como simples órgão integrante da estrutura do

---

<sup>2</sup> Como afirmado pelo Ministro relator, “Doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que as Autarquias, “por serem pessoas, embora intra-estatais, são centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado”, motivo pelo qual “quaisquer pleitos administrativos ou judiciais, decorrentes de atos que lhes fossem imputáveis, perante elas mesmas ou contra elas teriam de ser propostos – e não contra o Estado” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *In: "Curso de Direito Administrativo"*, 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 161) (REsp 1199715/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/02/2011, DJe 12/04/2011, fls. 5).

Estado-Membro.

Por outro lado, mesmo partindo da autonomia jurídica das autarquias, acabou por concluir pela suposta falta de razoabilidade na condenação em honorários sucumbencias, uma vez que considerou que os recursos públicos envolvidos são oriundos do próprio Estado-Membro, motivo pelo qual deu interpretação extensiva a súmula “no sentido de alcançar não apenas as hipóteses em que a Defensoria Pública atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença, bem como naquelas em que atuar contra pessoa jurídica que integra a mesma Fazenda Pública”<sup>3</sup>.

Ademais, baseou sua conclusão na aplicação às autarquias do direito da Fazenda Pública em não recolher as custas processuais para recorrer.

Com o seu voto-vista, em que pese não contestar a vigência da súmula, o Ministro Teori Albino Zavascki divergiu do relator, uma vez que a súmula estaria baseada exclusivamente no instituto da confusão, razão pela qual não poderia ser aplicada ao caso, eis que a Autarquia Previdenciária é pessoa jurídica diferente do Estado, com personalidade, patrimônio e receita próprios, não sendo crível a conclusão pela confusão entre esta e a Defensoria Pública.

Outrossim, afirmou ser impertinente o fundamento da isenção das custas, uma vez que o caso versava sobre honorários sucumbencias, instituto completamente diferente, cujo pagamento a fazenda não se encontra dispensada, e que, se aceito, tornaria vazia a súmula 421.

Já no voto-vista do Ministro Castro Meira, este reforça o provimento recursal afirmando que eventual condenação da autarquia previdenciária estadual significaria apenas transferência de receitas entre entidades custeadas pela mesma Fazenda Pública, além de não ser, supostamente, possível se vislumbrar qualquer proveito real no repasse de recursos entre entidades vinculadas, em qualquer grau, ao mesmo Estado-Membro<sup>4</sup>, inexistindo, assim, qualquer razoabilidade jurídica ou orçamentária na condenação.

Todavia, análise da legislação constitucional e infraconstitucional não possibilita a manutenção da decisão, sendo certo, por outro lado, que a própria súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça mostra-se contrária à Lei Complementar nº 80/94 e ao regramento constitucional dado às Defensorias Públicas.

---

<sup>3</sup> REsp 1199715/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/02/2011, DJe 12/04/2011, p. 7.

<sup>4</sup> Idem, p. 15.

### 3. QUESTÕES DE *OVERRULING*

O art. 134 da Constituição Federal é peremptório ao afirmar a autonomia da Defensoria Pública, hoje finalmente extensível à Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, sendo evidente retrocesso à consideração de se tratar de “simples órgão” integrante da Estrutura do Estado-Membro.

Em verdade, como instituição essencial à função jurisdicional, autônoma dos demais Poderes, possui orçamento próprio cujo custeio, embora proveniente do Estado-Membro, Distrito Federal ou União, deriva de receita com destinação específica para o seu funcionamento, sendo entidade que, inclusive, litiga contra o próprio ente ao qual faz parte.

Atento a tal norma fundamental, o Supremo Tribunal Federal, como se verifica do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.965, já consagrou a Defensoria Pública como ente apartado dos demais Poderes Estatais, a exemplo do executivo, reforçando a inexistência de subordinação institucional

Nestes termos, é que a legislação orgânica da Defensoria Pública tratou de disciplinar a autonomia constitucional prevendo certos mecanismos para assegurar a liberdade integral da instituição e de seus membros dos demais Poderes Estatais.

Assim, se por um lado o conceito de autonomia e suas consequências, p.ex. orçamento próprio, já seriam providenciais para se concluir pela inconstitucionalidade da súmula, questão essa completamente esquecida no julgamento do Superior Tribunal de Justiça, a legislação infraconstitucional reforça a sua inaplicabilidade.

Ocorre que a Lei Complementar nº 80/94, ao disciplinar as funções institucionais da Defensoria Pública põe em evidência a de executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos (art. 4º, XXI), é dizer, ao estabelecer o direito/dever de receber honorários não o restringe ao débito oriundo de processos litigiosos contra particulares ou demais entes públicos, mas, ao revés, expõe que eles serão devidos em litígios contra quaisquer entes públicos, o que inclui, por certo, aquele ao qual faz parte.

Tal norma tem um fundamento prático, olvidado pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça: o custeio para o aparelhamento da Instituição e o fomento à capacitação profissional de seus membros.

Desta forma, mesmo que se considere a condenação como mera transferência de receitas entre entidades custeadas pela mesma Fazenda Pública, tal fato não impediria a sua existência, eis que significaria verdadeira destinação legal específica para o recurso, destinação esta cujo precedente

da Corte Superior acaba desvirtuando em clara afronta, inclusive, à Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 8º, parágrafo único) e ao próprio Código Penal que tipifica a conduta de emprego irregular de verba (art. 315<sup>5</sup>).

Por outro lado, ainda que se tratasse de mera transferência de receitas entre entidades custeadas pela mesma Fazenda Pública, como afirmado no acórdão, tal transferência se daria por expressa disposição legal, como exigido pelo art. 167, VI da Constituição Federal, tendo a sua revogação que ser promovida por instrumento análogo, é dizer, por lei em sentido formal e não por decisão do Poder Judicial que, assim agindo, usurpa função do Legislativo.

Desta forma, seja pelo perfil constitucional da Defensoria Pública, que a põe como instituição autônoma dos demais entes do Poder Público, seja pela previsão de destinação específica do recurso a ser recebido, inexistente lastro para a suposta desarrazoabilidade aventada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do recurso *sub examine*, acaba por restringir uma das características fundamentais principais da Defensoria ao tempo em que promove tentativa vazia de enfraquecimento da Instituição, em claro retrocesso social e afronta à *ratio juris* da Carta Fundamental.

---

<sup>5</sup> Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.



## RESENHA

---

PACELLI, Eugênio de Oliveira. Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012, 194 p.

*Por Danilo Lima da Silva e  
Viviane Raquel Rodrigues de Oliveira*



# RESENHA

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012, 194 p.

*Danilo Lima da Silva*

*(Bacharelado em Direito, 7º Período, pela Universidade Federal Rural do Semiárido -UFERSA. Mossoró - RN)*

*Viviane Raquel Rodrigues de Oliveira*

*(Bacharelada em Direito, 7º Período, pela Universidade Federal Rural do Semiárido -UFERSA. Mossoró - RN)*

Na célebre obra “Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais”, Eugênio Pacelli propõe reflexões para a construção de uma ação e um processo penais adequados à realidade constitucional do Estado Democrático de Direito. Para tanto, escolhe como ponto de partida a ação penal privada subsidiária da pública. O referido autor discorre sobre a participação ativa do particular no processo penal público e suas implicâncias, apontando para a necessidade de se pensar na máxima estatização da seara penal, afastando sempre que possível para o cível aquilo que envolva tão apenas direitos disponíveis. Para Pacelli, o Direito Penal deve ser não apenas visto como última *ratio*, mas ser aplicado como tal.

Na primeira parte do livro, discute-se sobre o processo público e sua justificação, tendo como bases filosóficas Hegel (justificação não retributiva do Direito Penal) e Habermas (teoria discursiva do Direito e reconhecimento do outro como produtor e não só destinatário de toda regulação); na segunda parte, explana-se sobre o processo público e sua aplicação, onde Pacelli discorre sobre a aplicação judicial de princípios constitucionais fundamentais, no ponto em que a eficácia e a efetividade de um deles (princípios) contribuam para a diminuição da mesma eficácia e efetividade de outro.

Portanto, insiste-se na imperiosa necessidade da consolidação de um modelo processual penal garantista: afirmação do princípio do contraditório e da ampla defesa, proibição do excesso estatal, afirmação dos Direitos fundamentais. À luz da leitura do livro supracitado, a seguir uma apertada discussão a respeito da atuação do particular no processo penal público, abordando a

persecução penal privada, a ação penal privada subsidiária da pública, a assistência à acusação e o *strepitus iudicii* (escândalo do processo).

A Constituição Federal de 1988 assegurou a publicidade como regra para toda atividade processual, e, com mais razão, tal princípio orienta a atuação penal do Estado-juiz, uma vez que rotineiramente lida com a imposição de limitações a direitos, dentre os quais, o imperioso direito à liberdade. Cuidou, pois, o legislador constituinte em assegurar que as atividades estatais se tramitassem sob o conhecimento de todos, principalmente no que tange àquela atividade em que confere ao Estado um múnus público – poder que se justifica no seu dever – de coibir, reprimir, prevenir e combater ações que contrariem as disposições legais, tipificadas como crimes, e, nesse eixo, que lhe confere autonomia para aplicar sanções e restringir o exercício de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Nesse cenário, a Carta Magna zelou pelo monopólio estatal no que concerne à matéria penal/criminal. Primeiro, e sem qualquer exceção imaginável, atribuiu a jurisdição nessa seara do Direito à competência exclusiva do Estado-juiz, qualificando-se como único e exclusivo responsável para dirimir, julgar e decidir os processos com tal conteúdo. Nessa mesma linha, e como não poderia deixar de ser, também são deveres-poder o *ius perseguendi* e o *ius puniendi* – este último de forma ainda mais inequívoca, haja vista que ao legitimar ao Estado a exclusividade para aplicar e executar sanções, no campo infraconstitucional criminalizou-se a prática da justiça com as “próprias mãos”, por meio da figura típica “exercício arbitrário das próprias razões” (art. 345 do Código Penal), proibindo que o particular perquirisse a satisfação de suas pretensões (penais) de forma autônoma e aplicasse de imediato e diretamente sanções ao seu desafeto; bem como exigiu para a legítima defesa o uso moderado dos meios necessários, dada a injusta agressão (atual ou iminente) de outrem.

Destarte, o poder acusatório é constitucionalmente conferido ao Ministério Público (MP) de forma privativa, já que a regra estabelecida na seara penal é a ação pública incondicionada. O caráter ministerial desta função é, pois, uma garantia de duas vertentes: tanto para o réu – uma vez que será acusado por um órgão público, imparcial, cujo principal ideal é o zelo pela justiça e o cumprimento da Lei (em seu sentido amplo); quanto para a coletividade – que terá no Estado um legítimo acusador e, ao mesmo tempo, *custus legis*, tutelando as garantias e direitos fundamentais.

Todavia, ao lado de tantas garantias processuais constitucionalmente asseguradas, objetivadas, em suma, ao cumprimento de um devido processo legal, o constituinte possibilitou a participação do particular no processo penal público enquanto agente ativo, ao prever a ação penal privada subsidiária da pública – art. 5º, LIX da CF: “admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. Foi colocada entre as garantias fundamentais,

estando ao lado de inúmeras garantias que são previstas em benefício ao réu, como limites à atuação estatal na persecução penal. Mas porque tal ação foi considerada uma garantia fundamental? E, afinal de contas, quem é o legítimo para propô-la (já que o texto não a atribui apenas à vítima)?

Como já é sabida, na hipótese supramencionada, a previsão constitucional de participação do particular no processo penal público é de subsidiariedade, isto é, dá-se nas hipóteses de inércia do Ministério Público. Nesse sentido, apresenta-se, *a priori*, como uma modalidade de controle social da atividade ministerial. Porém, faz-se importante destacar que, não obstante a essa possibilidade de iniciativa privada de persecução penal em matéria de ordem pública, a titularidade da ação penal continua sendo do MP, que permanece incumbido de todas as suas obrigações.

Além do já exposto, o Direito Processual Penal também cuidou de, em algumas situações, condicionar a procedibilidade da persecução criminal à representação do ofendido/vítima, a exemplo do que ocorre nos crimes contra a dignidade sexual (salvo se a vítima é menor de 18 anos ou se é vulnerável, caso dos absolutamente incapazes, que a ação passa a ser pública incondicionada). Especialmente no que tange à representação enquanto requisito de procedibilidade, é possível conceber a sua importância e o seu fundamento. Como inicialmente aqui se expôs: a publicidade dos atos processuais é a regra, portanto, é essa mesma publicidade – tão imprescindível à validade do processo – que pode acarretar para a vítima o chamado *'strepitus iudicii'*, isto é, o escândalo do processo.

Tomando como exemplo os crimes contra a dignidade sexual, o processo, por ser essencialmente público, pode acarretar para a vítima um escândalo desmedido, uma vergonha muito maior e profunda que o próprio crime em si. Nesses casos, pode-se dizer que a exigência de representação para que a ação penal seja instaurada é a concessão de uma autonomia para a vítima resolver se 'vale mesmo a pena' a judicialização do eventual crime ocorrido. Ressalve-se que a representação não se confunde com a titularidade da ação penal: aquela é da vítima (representante ou sucessores legitimados em lei), esta é do Ministério Público.

Por outro lado, considerando o bem jurídico violado (como nos casos dos crimes contra a honra), o Diploma Legal atribuiu a titularidade da ação penal ao próprio particular, trata-se da ação penal privada. Infelizmente, na contra mão do que estatuiu a nossa Carta Magna, que zela pelo processo penal público, o legislador infraconstitucional investiu numa caracterização privada, atribuindo ao particular o poder de queixa-crime. Não se pode negar que essa conotação provoca a utilização do processo penal muitas vezes com um intuito puramente vingativo e retributivo; destaque-se que, na esmagadora maioria das vezes, a prática de tais crimes enseja sanções de caráter puramente pecuniário. Além disso, muito embora se reconheça a importância do bem jurídico (por exemplo, a honra, que é considerado um Direito fundamental, garantida sua inviolabilidade

na CF/88), já que a apreciação judicial do crime está completamente disponível ao ofendido, porque seria o bem atingido também considerado disponível, então, só se pode concluir que a sua incriminação penal seria totalmente dispensável e desnecessária. O mais prudente seria enquadrar crimes dessa natureza apenas na seara cível do Direito.

Por fim, pode-se citar o instituto da assistência à acusação, que permite ao ofendido ou seu representante legal integrar o polo acusatório da demanda. Nesse momento, Pacelli traz uma interessante discussão: ora, não seria o processo, teleologicamente compreendido, um conjunto de condições necessárias à produção da decisão judicial, tendo a participação dos eventuais envolvidos, em igualdade de condições, como requisito de validade? Estaria, pois, esta validade viciada, tendo em vista que particular e MP poderiam atuar em conjunto num processo de acusação ligeiramente em vantagem? Não seria o MP viciado pelo interesse único e exclusivamente pessoal e particular da vítima? Tais questionamentos instigam apenas à reflexão, para que se pense um processo penal público mais condizente com um Estado Democrático de Direito, onde se busca a legitimação plena do Estado na persecução penal, retirando da relação “particular-particular” discussões judiciais de matéria penal.

O Direito não pode se tornar refém da legislação, sobretudo e particularmente no campo das incriminações, nas quais, via de regra, o tempo cuida de demonstrar a superação de graus mínimos de reprovação social de determinadas condutas tipificadas penalmente, o que seria o papel da hermenêutica em semelhante perspectiva de atualização do Direito. Proibição de excesso, proporcionalidade e lesividade: não se pode aceitar a incriminação de condutas que não se mostrem efetiva e potencialmente lesivas. O livro de Pacelli mostra o quanto é necessária a reforma do Direito Penal e Processual Penal brasileiros, não apenas teórica ou meramente legislativa, mas de aplicação, uma atualização que vislumbre a contemporaneidade social, e consiga mitigar resquícios de uma exacerbada criminalização e tediosa judicialização de questões meramente particulares que, quase sempre, resolvem-se na seara cível.



