



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
ESCOLA SUPERIOR

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Dezembro 2013  
Brasília/DF



Nº 6

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO | Nº 6 - Dezembro 2013



1984-0322

**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**

Gustavo Zortéa da Silva

**Defensor Público Federal de Categoria Especial**

William Charley Costa de Oliveira

**Defensor Público Federal de Primeira Categoria**

Carlos Eduardo Barbosa Paz

**Defensor Público Federal de Primeira Categoria**

Kelery Dinarte da Páscoa Freitas

**Defensor Público Federal de Segunda Categoria**

Fabício da Silva Pires

**Defensor Público Federal de Segunda Categoria**

José Rômulo Plácido Sales

Nº 6

---



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
ESCOLA SUPERIOR

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Dezembro 2013  
Brasília, DF

ISSN 1984-0322

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 6	p. 1-202	dez. 2013
---------------------------	--------------	------	----------	-----------

© 2013 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 Touffic, 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:**

Alexandre Mendes Lima de Oliveira - Diretor

André Carneiro Leão - Vice-Diretor

Raquel Barroso de Oliveira Borges - Coordenadora-Geral

**Conselho Editorial:**

*Conselheiros Endógenos:*

Érica de Oliveira Hartmann - Presidente

Estevão Ferreira Couto

João Paulo de Campos Dorini

João Freitas de Castro Chaves

*Conselheiros Exógenos:*

Alexandre Morais da Rosa

Cleber Francisco Alves

Clayton de Albuquerque Maranhão

Artur Stamford da Silva

Clarisse Marques da Cunha

Guilherme Roman Borges

**Capa e Diagramação:**

Antonio Elder Galvão de Carvalho Lima

Gustavo Pereira Damásio da Silva

**Normalização das pré-textuais:**

Vanessa Kelly Leitão Ferreira

Márcia Cristina Tomaz de Aquino

Renata Gameleira da Mota

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – N. 6  
(dez. 2013)- . – Brasília : DPU, 2013- .  
v. ; 21 cm.

ISSN 1984-0322

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

CDDir 341.46218

# SUMÁRIO

<b>Apresentação</b>	5
<i>Alexandre Mendes Lima de Oliveira</i>	
<b>Editorial</b>	7
<i>Érica de Oliveira Hartmann</i>	
<b>A Defensoria Pública como instituição articuladora do direito como padrão de reconhecimento</b>	9
<i>Erik Palácio Boson</i>	
<b>O resgate da memória do massacre do Carandiru: após vinte anos, o que dizer das prisões brasileiras?</b>	29
<i>Ana Luisa Zago de Moraes</i>	
<b>Princípio do contraditório: aspecto substancial e a proibição de decisões surpresa</b>	52
<i>Maira de Carvalho Pereira Mesquita</i>	
<b>Direitos humanos. Acesso à justiça. Defensoria pública. Pobreza. Exclusão social.</b>	78
<i>Michelle Valéria Macedo Silva</i>	
<b>Universalismo e respeito às decisões locais: uma abordagem a partir de casos da corte europeia de direitos humanos envolvendo direitos sexuais e reprodutivos</b>	108
<i>Thiago Dias Oliva e Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi</i>	
<b>O reconhecimento da condição de refugiado perante o direito brasileiro dos cidadãos iranianos acusados de apostasia</b>	138
<i>Pedro de Paula Lopes Almeida</i>	
<b>O terrorismo e o direito penal genocida</b>	158
<i>Rui Carlo Dissenha</i>	
<b>Resenha – Desafios Contemporâneos do Controle de Constitucionalidade no Brasil</b>	193
<i>Estêvão Ferreira Couto</i>	
<b>Comentário à jurisprudência - STJ, REsp 1.243.386/RS1 , 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 12/06/2012</b>	197
<i>Guillermo Rojas de Cerqueira César</i>	



# APRESENTAÇÃO

A Escola Superior tem a satisfação de apresentar a 6ª edição da Revista da Defensoria Pública da União, que a cada número é aprimorada em busca da excelência no estímulo à produção e à divulgação de trabalhos técnico-científicos, produzidos no âmbito da Instituição, com temáticas afetas à atuação dos Defensores Públicos Federais.

A partir desta edição, contamos com um Conselho Editorial ainda mais robusto. Além dos conselheiros endógenos, cuja atuação foi determinante para o êxito da Revista em 2012, uniram-se a este trabalho de formulação e implementação da política editorial nº 6 conselheiros exógenos, aos quais agradeço nominalmente: Prof. Alexandre Morais da Rosa, Prof. Cleber Francisco Alves, Prof. Clayton de Albuquerque Maranhão, Prof. Artur Stamford da Silva, Prof.ª Clarissa Marques da Cunha e Dr. Guilherme Roman Borges.

Esta edição apresenta publicações de natureza diversificada. Além dos tradicionais artigos científicos, foi introduzida uma resenha e um comentário à jurisprudência, o que enriquece o conteúdo da publicação, além de identificar e incentivar novas possibilidades de produção acadêmica no âmbito da Defensoria Pública da União.

Os trabalhos que compõem esta edição convidam o leitor a refletir acerca de direitos humanos e acesso à justiça, uma vez que versam sobre instalação da Defensoria Pública e concretização do direito, sistema carcerário brasileiro, princípio do contraditório, pobreza e exclusão social, direitos sexuais e reprodutivos, refugiados, terrorismo e tutelas coletivas.

Assim, considerando as inovações frente às edições anteriores, bem como a busca contínua pela consolidação deste espaço de reflexão, troca de experiências, e difusão de conhecimento, desejamos a todos uma boa e proveitosa leitura dos estudos de nossos colaboradores.

**Alexandre Mendes Lima de Oliveira**  
Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União



## **EDITORIAL**

É com alegria que podemos apresentar mais um número da Revista da Defensoria Pública da União. Mais uma vez, depois de árduo trabalho de toda equipe da Escola Superior da DPU, dos Conselheiros, e todos os demais envolvidos no processo, conseguimos finalizar mais uma coletânea de trabalhos cuja divulgação é, sem dúvidas, de importante contribuição para o debate acadêmico e prática jurídica diária.

Seguindo com o desiderato de obtenção de grau de excelência do periódico, este número já contou com a participação, na avaliação dos trabalhos, dos Conselheiros externos da Revista, aos quais deixo aqui nossos sinceros agradecimentos. Neste número, contamos ainda com novas seções da Revista, dedicadas a comentários à jurisprudência e resenhas.

Como tem ocorrido, felizmente, em números anteriores, também neste número importantes temas são discutidos nos trabalhos apresentados, todos afetos à temática proposta pela Revista da DPU: Defensoria Pública, promoção dos Direitos Humanos e acesso à Justiça.

Reitero, por oportuno, nossos agradecimentos aos Defensores Públicos Federais que enviaram trabalhos para publicação, convidando a todos, desde já, a participarem dos próximos números.

Agradeço, ainda, a equipe da Escola Superior da DPU e os membros do Conselho Editorial por tornarem esta publicação possível.

Boa leitura a todos!

**Érica de Oliveira Hartmann**  
Defensora Pública Federal



## A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO ARTICULADORA DO DIREITO COMO PADRÃO DE RECONHECIMENTO

*Erik Palácio Boson*

*(Procurador do Estado de São Paulo e mestrando em  
Direito pela Universidade de São Paulo- USP)*

Não, o tempo não chegou de completa justiça  
(...)

Uma flor nasceu na rua!

Passem de longe, bondes, ônibus, rio de aço do tráfego.

Uma flor ainda desbotada

Ilude a polícia, rompe o asfalto.

Façam completo silêncio, paralitem os negócios,

Garanto que uma flor nasceu.

(Carlos Drummond de Andrade – A flor e a náusea)

### RESUMO

Este artigo mostra que a efetiva instalação da Defensoria Pública é uma condição de concretização do direito como um padrão de reconhecimento. À Defensoria, que tem legitimação para atuar em qualquer situação de vulnerabilidade, inclusive organizacional, cabe traduzir as demandas oriundas dos conflitos sociais e os sentimentos de vergonha causados pelo desrespeito em ações sociais positivas. Assim, inicia-se o trabalho com uma breve incursão acerca da instituição da Defensoria Pública e do seu papel na defesa dos grupos sociais vulneráveis. Logo após, é trazida a ideia do direito como padrão de reconhecimento em Honneth para, assim, incluir a Defensoria como instituição articuladora na concretização deste conceito. Considera-se, após, que a inefetividade da instalação da Defensoria impossibilita sua efetiva atuação e constitui uma real transmutação

da CF/88 em Constituição-álibi e se conclui, por fim, que a Defensoria Pública tem o potencial para ser um agente articulador com possibilidades concretas de transmutar os sentimentos sociais negativos em uma positiva luta social.

**Palavras-chaves:** Defensoria Pública. Luta por Reconhecimento. Honneth.

## ABSTRACT

This article shows that the actual installation of the Public Defender Service is a condition of realization of the right to a standard of recognition. The Public Defender Service, which has legitimacy to act in any situation of vulnerability, including organizational, translates the demands born to social conflicts and feelings of shame caused by disrespect to positive social actions. The work begins with a brief review of the institution of the Public Defender Service and its role in the defense of vulnerable social groups. It brings the idea of law as a standard for recognition in Honneth and includes the Public Defender Service as an institution articulator towards realizing this vision. Finally, it concludes that the actual installation of the Public Defender Service has the potential to create an agent with concrete articulating possibilities to transmute negative social feelings into a positive social struggle.

**Keywords:** Fight for Recognition. Honneth. Public Defender

## SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO 2.A DEFENSORIA PÚBLICA 3.A DEFENSORIA E A DEFESA DOS GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS 4.HONNETH E O DIREITO COMO PADRÃO DE RECONHECIMENTO 5.A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO ARTICULADORA DO DIREITO COMO PADRÃO DO RECONHECIMENTO 6.CONCLUSÃO

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 fez uma opção clara quanto ao modelo de assistência jurídica. À Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, foi expressamente incumbida a tarefa de orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados.

A escolha constitucional outorgou à referida instituição não apenas a atribuição de defesa dos juridicamente necessitados em uma acepção individual, mas a própria responsabilidade (no sentido de um poder-dever) da tutela de seus direitos transindividualmente considerados enquanto grupos sociais.

O presente trabalho, assim, inicia-se apresentando a Defensoria Pública enquanto instituição, com referências à sua atribuição de defesa dos grupos sociais vulneráveis.

Após, passa-se a um breve incurso sobre o Direito como esfera de Reconhecimento, apresentando a ideia de que a dinâmica dos conflitos sociais, na acepção de Honneth, encontra no Direito uma ferramenta que lhe permite, desde que efetivamente disponibilizado um meio de articulação (aqui institucionalizado como a Defensoria Pública), a potencialidade de direcionar os sentimentos sociais negativos em motivação para ações de resistência política.

A partir de então, problematiza-se a questão da omissão na efetiva instalação da defensoria para tentar responder à seguinte questão: teria a Defensoria Pública, na sua atuação de proteção dos interesses dos indivíduos/grupos sociais vulneráveis, o potencial de se tornar um agente articulador necessário para transmutar os sentimentos sociais negativos em uma positiva luta social?

## 2. A DEFENSORIA PÚBLICA

Por expressa determinação constitucional, a Defensoria Pública é insti-

tuição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. A ela incumbe, como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Trata-se de conceito retirado diretamente da Lei Complementar 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) e que traz elementos que, embora já se tivesse como ínsito à natureza da instituição, só passaram a ser previstos expressamente pela mudança implementada pela Lei Complementar 132/2009.

Ao que interessa ao tema proposto, basta registrar que, malgrado a Lei 11.448/2007 já tenha consagrado a legitimidade da instituição para a Ação Civil Pública, foi a partir de tal alteração que ficou definitivamente consagrada na Lei Orgânica a questão da legitimidade da Defensoria para a tutela coletiva.

Restou esclarecido, deste modo, do ponto de vista jurídico-positivo, a existência da legitimidade da atuação da Defensoria no âmbito da tutela coletiva como um meio de assegurar de maneira mais eficaz a proteção jurídica dos sujeitos potencialmente amparados pela Instituição. Em outras palavras isso significa dizer que, entendida a possibilidade jurídica de atuação pela Defensoria como um instrumento para a efetivação do próprio direito material, e considerando que o titular do direito protegido pela Instituição é um sujeito/grupo vulnerável, assegurar condições fáticas e jurídicas para a possibilidade real de atuação da Defensoria Pública significa, em proporção direta, proteger as pessoas mais vulneráveis.

É esta inclusive a razão pela qual não se deve limitar, como insistem em fazer alguns desavisados, a atribuição da Instituição na defesa dos necessitados apenas no sentido de hipossuficiência econômica. Os contornos constitucionais dados à Defensoria Pública, bem assim as previsões contidas em sua respectiva Lei Orgânica, não permitem tal exegese minimalista.

Ao revés, o que deve nortear a análise da atribuição da instituição é a ideia

do exercício pleno da cidadania. Daí porque qualquer vulnerabilidade dá margem à atuação da instituição.

Qualquer cidadão, portanto, enquanto indivíduo, a despeito de sua situação econômica, por integrar alguma coletividade, pode estar sujeito à proteção jurídica da defensoria pública.

Nesse sentido é que a instituição encontra-se plenamente legitimada para a defesa de interesses de sujeitos pertencentes a grupos como mulheres em situação de violência, idosos, crianças, estrangeiros, portadores de necessidades especiais, integrantes de minorias religiosas. Ou seja, todos os que puderem se encaixar como grupos sociais em situação de vulnerabilidade, conforme se pretende explicar a seguir.

### **3. A DEFENSORIA E A DEFESA DOS GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS**

De proêmio, insta registrar que a defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais em situação de vulnerabilidade é função institucional da defensoria pública, tal como está previsto literalmente na Lei Complementar 80/94<sup>1</sup>.

A mera previsão legal, contudo, ao utilizar-se da expressão juridicamente indeterminada de “grupos sociais vulneráveis” não faz transparecer a exata delimitação conceitual da previsão, pois deixa ao intérprete a liberdade de densificar o conceito.

Torna-se válido registrar, entretanto, que o fundamento legal não restringe

---

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

a vulnerabilidade à sua possibilidade econômica. Ou seja, por expresse imperativo legal, é função institucional da Defensoria Pública a defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis, seja a vulnerabilidade em questão econômica ou não.

Quanto à expressão “grupo social” não se entenda uma distinção dada por critérios exclusivamente culturais. Não que a cultura (embora também seja um conceito vago) não seja um elemento a ser considerado. O conceito de grupo social, todavia, deve ser compreendido de forma mais ampla: como uma coletividade de pessoas unidas por vínculos tais como o reconhecimento de uma identidade formada a partir de uma história, destino ou experiência comum, ou ainda baseando-se em elementos como gênero, raça e etnicidades.

É como, expressamente resumindo os conceitos de Nancy Fraser, sintetizou a Professora Gislene Aparecida dos Santos:

Os grupos sociais incluem, mas não se limitam a grupos culturais. Entre os grupos sociais, estariam aqueles baseados em gênero, raça e etnicidades (além de cultura e religião). O que os torna um grupo social é que formam suas identidades a partir de práticas comuns de vida, pelo reconhecimento de uma história comum e do mesmo *status* social. A identidade é construída com base na partilha de um destino comum. Um ponto fundamental para entender a noção de grupo social é que sua identificação não é dada pela adoção, consciente, de práticas ou modos de agir, mas pelo modo como é visto pelos outros grupos sociais.<sup>2</sup>

Sob esta perspectiva, portanto, a qualidade de um indivíduo enquanto pertencente a determinado grupo social vulnerável prescinde de seu enquadramento enquanto economicamente vulnerável. Aliás, algumas vulnerabilidades podem até, por si, ser mais socialmente lesivas do que a vulnerabilidade econômica isoladamente considerada.

---

2 SANTOS, 2012.

Ademais, em termos de sociedade de massa, a categoria jurídica dos necessitados (e portanto a própria função constitucional atribuída à Defensoria Pública) não se satisfaz com o mero necessitado econômico. Ao revés, ao sentido jurídico da hipossuficiência deve, por imperativo, ser atribuída uma conotação que seja adequada às necessidades contemporâneas. Nesse contexto é que surge uma “nova” categoria de hipossuficientes: os carentes organizacionais.

Por carência organizacional entenda-se a questão da vulnerabilidade de pessoas que, enquanto grupos sociais, permaneceriam fragilizados na tutela de seus direitos em face da complexidade das relações sócio-jurídicas da contemporaneidade. São os titulares daqueles direitos coletivos (em sentido amplo) os quais, embora perceptíveis isoladamente pela sua violação, em sentido individual acabam tendo sua tutela obstada por uma série de fatores, jurídicos ou não. Um grupo assim identificado (e, por conseguinte, os indivíduos que o integram), portanto, decisivamente se encontra em situação de vulnerabilidade.

Diante da amplitude dessa previsão legal, a tutela coletiva dos interesses transindividuais dos grupos sociais em situação de vulnerabilidade pela Defensoria pública não pode ser encarada, assim, como uma mera possibilidade. A “necessidade de a Defensoria Pública, cada vez mais, desprender-se de um modelo marcadamente individualista de atuação”<sup>3</sup> é, na contemporaneidade, ao revés, uma imposição.

#### 4. HONNETH E O DIREITO COMO PADRÃO DE RECONHECIMENTO

Em termos sintéticos, pode-se afirmar a existência de três distintas esferas de reconhecimento em Honneth: amor, direito e solidariedade. Grosso modo, a

---

3 SANTOS, 1985, p. 150.

primeira corresponderia à expressão afetiva de uma dedicação (amor, amizade) e desenvolveria a autoconfiança; a segunda consistiria na possibilidade efetiva de reclamar direitos e desenvolveria o autorrespeito; e a terceira estaria ligada à ideia de estima social, com o potencial de desenvolver a autoestima.

Para o foco deste trabalho interessa apenas a segunda esfera. O direito, assim, em Honneth, teria o condão de possibilitar ao sujeito a faculdade de uma atividade legítima com base na qual poderia constatar que goza do respeito dos demais, e, assim, respeitar a si próprio.

Tal faculdade, todavia, deve ser abrangente em todos os sentidos. É dizer, a mera ampliação objetiva de direitos, desacompanhada da efetiva ampliação subjetiva de seus titulares (em termos universalizantes) não satisfaz a esfera jurídica de reconhecimento.

Isso porque a experiência do reconhecimento jurídico exige que o sujeito, concebendo sua ação como uma manifestação da própria autonomia, encare a si próprio como pertencente àquela comunidade em caráter universal, para, assim, respeitar a si próprio, porque merecedor do respeito de todos os outros.

Nos estritos termos de Honneth:

Só sob as condições em que direitos universais não são mais adjudicados de maneira dispar aos membros de grupos sociais definidos por *status*, mas, em princípio, de maneira igualitária a todos os homens como seres livres, a pessoa de direito individual poderá ver neles um parâmetro para que a capacidade de formação do juízo autônomo encontre reconhecimento nela.<sup>4</sup>

A importância maior da abrangência da titularidade do direito talvez se explique melhor quando se atenta para o caráter de publicidade das prerrogativas jurídicas. Explique-se: a autoridade que detêm as normas jurídicas, com a con-

---

4 HONNETH, 2009. p. 195.

sequente publicidade que as acompanha, ao tornar pública a universalização da titularidade daquele direito, torna público tanto o direito quanto a própria equiparação (esta não menos importante do que aquele).

Noutras palavras, quando um direito é conferido pela ordem legal em condições de equiparação com pretensão universalizante, o sujeito não só ganha para si a titularidade daquele direito, como também recebe a constatação, por todos os parceiros de interação social, de que também é um titular de direito, sendo, portanto, um igual.

É o caráter público que os direitos possuem, porque autorizam seu portador a uma ação perceptível aos parceiros de interação, o que lhes confere a força de possibilitar a constituição do autorrespeito; pois, com a atividade facultativa de reclamar direitos, é dado ao indivíduo um meio de expressão simbólica, cuja efetividade social pode demonstrar-lhe reiteradamente que ele encontra reconhecimento universal como pessoa moralmente imputável.<sup>5</sup>

Entender, portanto, que a condição universal(izante) de um direito é tão ou mais importante que a sua própria instituição é elemento chave para este padrão de reconhecimento. Isso porque fazer o sujeito perceber a si próprio na condição de titular de direitos em condição de igualdade perante a coletividade (sendo, portanto, detentor da prerrogativa de exigí-los) é condição fundamental para a constituição do autorrespeito.

Esta constatação é, em âmbito macro, uma consequência fulcral no papel social desempenhado pela Defensoria Pública.

## **5. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO ARTICULADORA DO DIREITO COMO PADRÃO DE RECONHECIMENTO**

---

5 HONNETH, 2009. p. 197.

Observando o traçado constitucional delineado para a Defensoria Pública, facilmente se observa que ela, enquanto instituição, tem as atribuições e instrumentos jurídicos para efetivar o direito como reconhecimento.

Por certo que, em Honneth, é a violação às expectativas de reconhecimento que dá origem aos conflitos sociais. No que pertine à esfera do direito essa afirmação quer dizer que o caráter público que os direitos possuem, quando utilizado de modo a fazer constatar que, naquela coletividade, determinado sujeito não encontra reconhecimento universal como pessoa moralmente imputável, ocasiona uma demanda reivindicatória que, não podendo ser traduzida na ordem jurídica constituída (porque aquele sujeito específico não se sente – ou mesmo não tem – na prerrogativa jurídica de o exigir), acaba por gerar conflitos sociais que serão invariavelmente traduzidos em uma ordem paralela de reivindicações.

Acresça-se a este fato, ademais, o fenômeno hodiernamente perceptível de que o aumento da interação e comunicação transculturais acaba por fazer proliferar a intolerância e o autoritarismo enquanto conflitos sociais.

É como faz questão de registrar Fraser:

As lutas pelo reconhecimento estão hoje a proliferar apesar (ou por causa) do aumento da interação e comunicação transculturais [...] não fomentam a interação e o respeito entre diferenças em contextos cada vez mais multiculturais, mas tendem antes a encorajar o separatismo e a formação de enclaves grupais, o chauvinismo e a intolerância, o patriarcalismo e o autoritarismo.<sup>6</sup>

É nesse contexto que se enfoca a Defensoria, a qual, na medida em que passa a exercer seu ofício junto aos indivíduos/grupos sociais vulneráveis, consegue tornar perceptível que os sujeitos daquela coletividade são também titulares e destinatários de direitos. Nessa atuação a Instituição então os possibilita a constituição do autorrespeito e, portanto, direciona aquelas reivindicações para

---

6 FRASER, 2008. p. 14.

a ordem jurídica estabelecida, evitando a proliferação de uma ordem paralela de reivindicações que se traduza em conflitos sociais.

Um bom exemplo talvez seja a titularização metaindividual do direito à moralidade administrativa e o fenômeno de sua violação pela corrupção.

Se é verdade que as atitudes dos agentes estatais que destoam dos ditames da moralidade administrativa são responsáveis diretamente por prejudicar a redução de desigualdades sociais, então, por consequência, qualquer atuação que coíbe aquele desvio tem o condão de contribuir para uma maior equalização social.

Está aí configurado o potencial de melhora nas condições de vida dos necessitados pela atuação efetiva da Defensoria na defesa da probidade administrativa.

É incontestável o prejuízo ao desenvolvimento social causado pelos atos que fogem aos parâmetros da moralidade administrativa. Os desvios de tributos e de fundos de programas destinados à redução de pobreza, por exemplo, ao diminuir o impacto das respectivas medidas de política social, contribuem severamente para a concentração de riqueza e criam empecilhos à redução da pobreza.

É como ensina Maria Victoria Muriel Patino:

La evasión de impuestos, las exenciones o las deficiencias en la administración de los tributos favorecen a los grupos de la población mejor relacionados y de renta más alta, consecuentemente, agudizando la desigualdad distributiva. La tercera vía por la que corrupción puede incidir adversamente en la generación y en la distribución de renta del país se describe en el contexto de los programas sociales del sector público; un diseño o aplicación incorrectos de tales programas, que desemboquen en beneficios para grupos de población relativamente bien situados desde el punto de vista económico en detrimento de los más necesitados, o el desvío de fondos destinados a programas de reducción de la pobreza, disminuirán el impacto de las medidas de política social en aquellas dos variables. (...)

En cuarto término, la corrupción puede conllevar una concentración de activos en manos de los grupos de población relativamente mejor situados desde el punto de vista económico y ello, a su vez, permitirá a esa elite obtener una ventaja de renta aún mayor; mediante su influencia en las

decisiones de política económica (...).<sup>7</sup>

E não se trata de mero argumento retórico. Em verdade, dinheiro público desviado é dinheiro público não aplicado em políticas públicas de garantia dos direitos fundamentais básicos à saúde, educação e moradia. Noutras palavras, o dinheiro desviado com a corrupção, acaso fosse aplicado em programas sociais de combate à pobreza, teriam imenso impacto social, afetando sobremaneira a população mais carente.

É como pôde comprovar Luiz Flávio Gomes quando fez as seguintes quantificações:

De acordo com o relatório da FIESP, o custo médio da corrupção no Brasil, em 2010, foi estimado entre 1,38% a 2,3% do PIB, isto é, de R\$50,8 bilhões a R\$84,5 bilhões.

Num cenário realista, o custo da corrupção seria de R\$ 50,8 bilhões, com o qual o Brasil poderia arcar com o custo anual de 24,5 milhões de alunos das séries iniciais do ensino fundamental segundo os parâmetros do CAQi (Custo Aluno-Qualidade Inicial – CAQi –, originalmente desenvolvido pela Campanha Nacional pelo Direito à Educação, estabelece padrões mínimos de qualidade da Educação Básica por etapa, fase e modalidade.).

Também seria possível equipar e prover o material para 129 mil escolas das séries iniciais do ensino fundamental com capacidade para 600 alunos segundo o modelo CAQi Poderia também construir 57,6 mil escolas para séries ini-

---

7 Evasão fiscal, isenções fiscais ou deficiências na administração dos impostos favorecem os grupos da população melhor relacionados e de renda mais alta, conseqüentemente, agravando a desigualdade distributiva.

A terceira maneira em que a corrupção pode afetar negativamente a geração e distribuição de renda no país é descrita no contexto dos programas sociais do setor público, um projeto ou aplicação indevida de tais programas, o que redundará em benefícios para grupos relativamente bem colocados do ponto de vista econômico, em detrimento dos necessitados, ou desvio de fundos destinados a programas de redução da pobreza, diminuindo o impacto das medidas de política social nestas duas variáveis. (...)

Em quarto lugar, a corrupção pode levar a uma concentração de recursos nas mãos dos grupos populacionais melhor situados do ponto de vista econômico e isto, por sua vez, permitirá que a elite obtenha uma vantagem ainda maior por meio de sua influência em decisões de política econômica (...). (PATINO, 2004).

ciais do ensino fundamental segundo o modelo CAQi ou então comprar 160 milhões de cestas básicas (DIEESE). Seria possível, ainda, pagar 209,9 milhões de bolsas família em seu valor máximo (Básico + 3 variáveis + 2 BVJ) ou construir 918 mil casas populares segundo o programa Minha Casa Minha Vida II.<sup>8</sup>

Desse modo, sendo a corrupção um dos maiores entraves ao desenvolvimento social, então resta cristalina a relação direta existente entre a violação do direito à moralidade administrativa e a insuficiência na realização dos direitos à saúde pública, à educação pública e à moradia plena.

Isso significa dizer o óbvio: que os atos que se afastam dos ditames da moralidade administrativa têm consequências dramáticas para a população que mais necessita das ações prestacionais densificadoras dos direitos sociais, a população carente. Em assim sendo, existe uma relação direta entre a violação do direito à moralidade administrativa e a carência da ações prestacionais pelo Estado, o que redundando perceptivelmente na proliferação de uma ordem paralela de reivindicações que se traduz em conflitos sociais, a exemplo do aumento da violência urbana.

A figura da Defensoria Pública surge, neste contexto, como instrumento necessário e potencialmente efetivo para a articulação do Direito como padrão de reconhecimento. Isso porque é por meio desta Instituição que os indivíduos, isoladamente considerados ou em grupo, terão a garantia de que poderão articular-se no sentido de exercer a faculdade de reclamar judicialmente que lhes sejam assegurados os direitos outrora violados. Uma vez conscientes dessa possibilidade concreta e real, é esperado que tais demandas passem a se traduzir nos termos da ordem jurídica estabelecida, evitando conflitos sociais indesejados.

E mais, não se pode olvidar ainda que, ao menos no caso brasileiro, são mandamentos constitucionais tanto a efetiva instalação das Defensorias Públicas

---

8 GOMES, 2013.

quanto a efetivação dos próprios direitos em si. Deste modo, não garantir efetividade a ambas previsões é furtar-se à máxima efetividade da norma constitucional (que, como cânone hermenêutico, deveria se impor) para dar à Carta Magna o caráter de mera **legislação-álibi**.

A respeito da aludida legislação-álibi já se pronunciou Marcelo Neves:

[...]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. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos [...]. A resolução dos problemas da sociedade dependeria então da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normalizar as respectivas relações sociais.

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. Mas parece muito limitada e simplista a concepção que considera, no caso da legislação-álibi, o legislador como quem ilude e o cidadão como o iludido. Em primeiro lugar, deve-se observar que, face à “perda de realidade da legislação” em um mundo que se transforma aceleradamente, confundem-se o real e a encenação, “desaparecem também os contornos entre desejo e realidade”, “ilusão e auto-ilusão tornam-se indiferenciáveis”, de tal maneira que “líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas”. A legislação-álibi implica uma tomada de papéis sociais tanto pelas elites que encenam, quanto por parte do público-espectador, não podendo ser restringida a atividades conscientes das elites para alcançar seus fins; eis que tentativas de manipulação desse tipo “tornam-se usualmente conhecidas” e tendem ao fracasso. Entretanto, embora seja de relativizar-se os conceitos de manipulação e de ilusão, é evidente que a legislação-álibi pode induzir “um sentimento de bem-estar” (“resolução de

tensão”), portanto, servir à lealdade das massas<sup>9</sup>.

A articulação da Defensoria Pública na universalização da efetividade dos direitos, porém, enquanto realização da ordem jurídica como esfera de reconhecimento, pode vir a ter o condão de orientar o polo (positivo ou negativo) para o qual se direcionariam.

Noutras palavras, cabe à Defensoria Pública, no que tange aos hipossuficientes em qualquer aspecto, nortear o destino de tais obstáculos sociais. Isso porque, aliados a uma Defensoria Pública efetivamente instalada, eficiente e ativa, os desrespeitos cotidianos podem se converter em impulso para realização de lutas sociais, ao invés de apenas indignação, revoltas e sentimentos sociais negativos.

Ademais, não se espera de nenhum ser humano que haja de modo neutro. Ao revés, toda experiência de desrespeito a pretensões de reconhecimento acaba desencadeando uma reação emocional. O problema é justamente saber se referida potencialidade permanecerá como sentimento de vergonha social ou se se transmutará em uma convicção política e moral.

Nesse mesmo sentido Honneth:

Os sujeitos humanos não podem reagir de modo emocionalmente neutro às ofensas sociais, representadas pelos maus-tratos físicos, pela privação de direitos e pela degradação, os padrões normativos de reconhecimento recíproco têm uma certa possibilidade de realização no interior do mundo da vida social em geral; pois toda reação emocional negativa que vai de par com a experiência de um desrespeito de pretensões de reconhecimento contém novamente em si a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne o motivo da resistência política.

[...]

Saber empiricamente se o potencial cognitivo, inerente aos sentimentos da vergonha social e da vexação, se torna uma convicção política e moral depende sobretudo de como está

---

9 NEVES, 1994. p. 49-50.

construído o entorno político e cultural dos sujeitos atingidos – somente quando o meio de articulação de um movimento social está disponível é que a experiência de desrespeito pode tornar-se uma fonte de motivação para ações de resistência política.<sup>10</sup>

Em síntese, é a disponibilização de uma estrutura de articulação no entorno político e cultural dos sujeitos atingidos (grupos sociais vulneráveis) o elemento chave para delimitar se aquela experiência de desrespeito vai ser traduzida em uma ação positiva de resistência política ou apenas numa demanda negativa reivindicatória numa ordem paralela (violência, revolta e vergonha social).

Nessa conjuntura novamente se sobressai a Defensoria Pública (pelo menos enquanto potencialidade). Isso porque, embora ainda instalada de forma precária no país, a instituição surge como potencial articuladora das demandas dos indivíduos/grupos sociais vulneráveis, de maneira que possui aptidão para articular e transformar aquelas demandas em ações positivas.

## 6. CONCLUSÃO

Não há como refutar, assim, a importância da Defensoria Pública tal como delineada pela Constituição de 88, na consagração do Direito como padrão de reconhecimento.

Para tanto, foi fundamental perceber a Defensoria como titular da atribuição de defesa judicial dos necessitados e hipossuficientes, em especial dos grupos sociais vulneráveis.

Foi importante, ainda, constatar que a efetiva instalação da Defensoria, bem assim a efetiva implementação (em termos universalizantes) dos direitos constitucionalmente assegurados é elemento essencial à consagração do autor-

---

10 HONNETH, 2009. p.224.

respeito inerente ao Direito como padrão de reconhecimento.

Por fim, a constatação de proliferação dos conflitos sociais, aliada ao potencial que detém a defensoria de articular aquelas demandas para fins de traduzi-las em ação social positiva, foi essencial para responder ao questionamento inicial da seguinte maneira: sim, a Defensoria Pública, na sua atuação de proteção dos interesses dos indivíduos/grupos sociais vulneráveis, tem o potencial de se tornar um agente articulador com possibilidades concretas de transmutar os sentimentos sociais negativos em uma positiva luta social.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Juliana Ribeiro. **Percepções sobre o acesso à justiça: olhares dos usuários da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.** Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-25082011-142156/publico/julianarbrandao-versao\\_completa\\_dissertacao\\_1\\_2010.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-25082011-142156/publico/julianarbrandao-versao_completa_dissertacao_1_2010.pdf)> Acesso em: 20 de julho de 2012.

FRASER, Nancy. A Justiça Social na Globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 63, out. 2002.

\_\_\_\_\_. **Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça.** [S.l.:s.n.], 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **O preço da corrupção para o Brasil.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/06/05/o-preco-da-corrupcao-para-o-brasil/>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Consulta, com pedido de parecer, em nome da Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, a respeito da arguição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública: Lei n. 7.347/85, com a redação dada pela Lei n.11.488/2007.** Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>> Acesso em: 27 jul. 2012.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento.** São Paulo: Editora 34, 2009.

\_\_\_\_\_. Reconhecimento ou redistribuição. A mudança na ordem moral da sociedade. SOUZA, J.; MATTOS, P. (Org.). **Teoria Crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 79-94.

\_\_\_\_\_. **Sofrimento de Indeterminação**. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.

HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. **Redistribution or recognition?:** a political-philosophical exchange. London: Verso, 2003.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PATINO, Maria Victoria Muriel. Aproximación Macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: GARCÍA, Nicolás Rodríguez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. **La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar**. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 37, p. 150, jan-mar. 1985.

SANTOS, Gislene Aparecida dos Santos. As cotas como projeto do multiculturalismo. In: \_\_\_\_\_. **Reconhecimento, utopia, distopia: os sentidos da política de cotas raciais**. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2012.

YOUNG, Iris Marion. Structural Injustice and the Politics of Difference. In: LENZ, Gunter H.; DALLMAN, Antje (Org.). **Justice, Governance, Cosmopolitanism, and the Politics of Difference: Reconfigurations in a Transnational World**. Berlin: Humboldt-Universität, 2007. p. 79-116.





## O RESGATE DA MEMÓRIA DO MASSACRE DO CARANDIRU: APÓS VINTE ANOS, O QUE DIZER DAS PRISÕES BRASILEIRAS?

*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 Santa Catarina.*

*Membro do Grupo de Estudo sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição – IDEJUST)*

### RESUMO

O Massacre do Carandiru completou vinte anos. Depois disso, ao contrário de outros atos abusivos praticados pelo Estado brasileiro, o episódio não foi esquecido em razão da atuação de organizações internacionais e de diversos atores sociais, em respeito ao direito à memória e à verdade. A memória, entretanto, não garantiu a “não repetição”: as deficiências e violações aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro ainda persistem, infringindo tanto a legislação interna quanto normas e recomendações internacionais, com destaque para aquelas feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao apreciar o caso. Depois de duas décadas, pois, o Estado brasileiro segue se omitindo em relação ao resgate da memória e da verdade sobre fatos que impliquem sua responsabilização.

**Palavras-chaves:** Massacre do Carandiru. Memória. Sistema prisional brasileiro.

### ABSTRACT

The Carandiru Massacre has completed twenty years. After that, the episode has not been forgotten due to the activities of international organizations and various social actors, in respect of the right of memory and truth. The memory, however, did not guarantee that it will not happen again: the violations of human rights in the Brazilian prisons still persist, disrespecting both domestic law and international standards and recommendations,

especially those made by the American Commission of Human Rights. Then, after two decades, the Brazilian state keeps omitting the truth about facts involving accountability.

**Keywords:** The Carandiru Massacre. Memory. Brazilian prison system.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. RELEMBRANDO O MASSACRE 3. DA REPERCUSSÃO MUNDIAL À ABORDAGEM PELAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS; 4. ALGO MUDOU DE FATO, OU SIMPLEMENTE HÁ “MAIS DO MESMO”? 5. E A LEGISLAÇÃO “NUMA HORA DESSAS”? 6. A TENTATIVA DE EXPLICAR A MANUTENÇÃO DA VIOLÊNCIA NO **LIMIAR** DO SISTEMA JURÍDICO 7. “INTERROGAÇÕES” FINAIS 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil costuma ser relacionado ao “país do esquecimento”, devido ao “apagamento” de fatos históricos como as torturas e desaparecimentos forçados do período da ditadura militar; corrupção em instituições públicas e privadas; casos paradigmáticos de violência policial e de violência no sistema prisional, dentre outros.<sup>1</sup>

Aos poucos, organizações internacionais, organizações não governamentais (ONG’s), inclusive brasileiras, instituições religiosas e outros atores sociais – alguns oriundos do meio acadêmico –, têm conseguido reverter esse quadro

---

1 Sobre a dinâmica da violência policial no Brasil e o perfil de seus perpetradores: HUGGINS, Martha; HARITOS-FATOUROS, Mika; ZIMBARDO, Philip. Operários da violência: policiais torturadores e assassinos reconstruem as atrocidades brasileiras. Trad. Lólio Lourenço de Oliveira. Brasília: UNB, 2006. Acerca das torturas, assassinatos e desaparecimentos forçados durante a Ditadura civil-militar brasileira: ARNS, Dom Paulo Evaristo. Brasil: nunca mais. 39a Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

de “amnésia”, mediante a valorização da memória e da verdade, seja como um direito humano, seja como uma forma de garantir a “não repetição”.<sup>2</sup>

No caso do Massacre do Carandiru, excepcionalmente, ao menos por parte da sociedade civil, a regra não foi o esquecimento, mesmo após a implosão do presídio para a construção do Parque da Juventude, finalizado em 2003. Logo após o evento até os dias atuais, a Pastoral Carcerária e diversas instituições lutaram pelo esclarecimento dos fatos, reparação de danos e responsabilização dos culpados.

Recentemente, um grupo de entidades sociais reuniu-se sob o nome “Rede Dois de Outubro”, organizando uma série de atos em memória dos vinte anos do evento, e lançando o dia dois de outubro como o “dia pelo fim dos massacres”, cobrando do Estado e da União o cumprimento das recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que serão analisadas mais adiante.<sup>3</sup>

O presente artigo, na linha do resgate da memória para compreender a violência atual, traz à tona os seguintes questionamentos: o Massacre do Carandiru foi um fato isolado no tempo ou a violência no sistema prisional ainda é uma realidade? Como explicar essa realidade, no cotejo com o ordenamento jurídico garantista? E no âmbito internacional?

## 2. RELEMBRANDO O MASSACRE

O “Massacre do Carandiru” ocorreu em 2 de outubro de 1992, na Casa de Detenção Carandiru, Município de São Paulo, e resultou na morte de 111

---

2 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da2011SILVA FILHO, 2011, p. 50-74

3 Mais informações sobre a Rede Dois de Outubro encontram-se no endereço eletrônico: <http://rede2deoutubro.blogspot.com.br/> (acesso em 28 de janeiro de 2013).

presos<sup>4</sup>, a maioria sem sentença transitada em julgado, e nas lesões sofridas por outros 35 internos.

Nesse dia, ocorreu uma rebelião originada de uma briga entre reclusos no segundo andar do “Pavilhão 9” da penitenciária, que culminou no fechamento do acesso ao corredor, “aglomerando” os detentos, que conseguiram romper as trancas e iniciaram o motim. Então, os guardas retiraram-se do estabelecimento e o diretor pediu ajuda à Polícia Militar, que iniciou a “ocupação” pelos policiais.<sup>5</sup>

A “ocupação” foi comandada pelo Coronel Ubiratan Guimarães, depois de ter recebido autorização do Secretário de Segurança Pública do Estado, Pedro Franco de Campo que, por sua vez, havia consultado o então governador, Luiz Antônio Fleury, que concedeu “poder de decisão policial”. Há relatos de que, anteriormente à invasão do pavilhão, não houve negociação e “os PM’s dispararam contra os presos com metralhadoras, fuzis e pistolas automáticas, visando principalmente a cabeça e o tórax”, resultando na execução sumária dos presos, a maioria já rendida, muitos deles nus, de joelhos e de mãos para cima no mo-

---

4 Os dados em relação ao Massacre do Carandiru, utilizados neste trabalho, foram extraídos de Relatório expedido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, em 22 de fevereiro de 1994, a Comissão recebeu petição da Americas Watch, do CEJIL e da Comissão Teotônio Vilela, contendo informações, sendo que o Estado apresentou suas razões e documentos, seguindo-se diversas audiências e visita dos Membros da Comissão ao Brasil, resultando em ampla investigação sobre o caso. Além disso, foram realizadas diversas audiências, tudo constando no Relatório no 94/2000. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 34/00, Caso 11.291 (Carandiru), Brasil, 13 de abril 2000. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/99port/Brasil11291.htm>. Acesso em: 15.07.2008. O número de mortos segundo a contagem oficial, outrossim, é questionada, uma vez que há relatos de que “muitos mortos foram colocados em caminhões de lixo” e posteriormente incinerados, segundo um ex-funcionário da Limpurb (empresa de limpeza urbana), entrevistado pelo jornalista Jorge Américo para a Rede Dois de Outubro. Disponível em: <http://rede2deoutubro.blogspot.com.br/>. Acesso em 28 de janeiro de 2013.

5 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2000, p. 1-4 e 15.

mento das mortes.<sup>6</sup>

Na época do Massacre, o contexto do “Pavilhão 9” era de más condições de higiene e superlotação, com número superior ao dobro do que o local comportava, sendo que cada cela abrigava em média 8 detentos, que não tinham espaço para dormir deitados, tampouco locais adequados para lazer e trabalho. Além disso, havia 2.706 internos sob a vigilância de apenas 15 agentes penitenciários, situações que geravam tensão e mal-estar entre os presos, bem como nos agentes, devido à desproporção em relação à população carcerária.<sup>7</sup>

Somadas às péssimas condições carcerárias que, por si só, limitavam direitos diversos da liberdade, culminando na violação da dignidade humana, a Polícia Militar de São Paulo possuía histórico de intervenções violentas, como ocorreu naquela data, em que obstou a negociação entre o Poder Judiciário e os detentos, alegando que possuíam armas de fogo, o que não foi evidenciado pelas perícias, que alegaram que os disparos partiram somente da direção dos policiais, e atingiram apenas os detentos.<sup>8</sup>

### 3. DA REPERCUSSÃO MUNDIAL À ABORDAGEM PELAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

O massacre ocorrido em 1992 rompeu o “muro do silêncio que a sociedade levanta ao redor do cárcere”<sup>9</sup>, e inspirou, além de milhares de reportagens jornalísticas ao redor do mundo, diversos livros, filmes e músicas, as quais cabe citar as mais divulgadas na mídia: “Paraíso Carandiru”, de Sidney Salles, que vivenciou o evento; “Estação Carandiru”, de Drausio Varella, que narra o convívio

---

6 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2000, p. 1-4 e 15.

7 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2000, p. 11.

8 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2000, p. 12-13.

9 BITENCOURT, 2001, p. 227.

entre o médico e os presos durante dez anos de atendimento na Penitenciária<sup>10</sup>; “Pavilhão 9 - Paixão e Morte no Carandiru”, de Hosmany Ramos, que narra em contos a versão de um presidiário sobre o ocorrido; “Vidas do Carandiru”, de Humberto Rodrigues, jornalista preso por um ano e meio no Carandiru; “Carandiru”, de Hector Babenco, filme baseado no livro Estação Carandiru, tendo sido filmado na própria Casa de Detenção pouco antes de ela ser implodida; “Sobrevivendo no Inferno”, dos Racionais MC’s, CD lançado em 1997, que traz a faixa “Diário de um detento”, coescrita por Josemir Prado, o Jocenir, ex-detento do Carandiru.<sup>11</sup>

O evento também chamou a atenção da Organização das Nações Unidas, da Anistia Internacional, da Organização dos Estados Americanos e da Américas Watch, acerca dos problemas no sistema prisional brasileiro, bem como da impunidade dos responsáveis pelas violações aos direitos dos detidos<sup>12</sup>.

O “caso Carandiru” foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de fevereiro de 1994, mediante petição protocolada pela Américas Watch e outros dois litisconsortes. A Comissão, após visitas à penitenciária em 1995, análise de laudos periciais e oitiva do Estado brasileiro, concluiu pela culpa do Estado pelo massacre, bem como pela violação dos direitos ao devido processo legal e à proteção judicial, em razão da demora na apuração dos fatos, na punição dos responsáveis, na reparação às vítimas e na adoção de

---

10 Destaque para a narração, conforme a versão dos detentos, do dia 2 de outubro de 1992. A obra foi vencedora do Prêmio Jabuti 2000.

11 Seleção baseada na reportagem publicada em 02/10/2012 06h18 - Atualizado em 02/10/2012 15h31, “Tragédia do Carandiru inspirou livros, filmes e músicas: Massacre completa 20 anos nesta terça (2). Confira obras que relatam o que aconteceu na Casa de Detenção.” Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/10/tragedia-do-carandiru-inspirou-livros-filmes-e-musicas.html>. Acesso em 30 de janeiro de 2013.

12 FERNANDES, 2000, p. 161 e 195.

medidas que evitem episódios similares.<sup>13</sup>

Em relação à punição dos responsáveis, o primeiro julgamento foi do coronel Ubiratan Guimarães, que teve a sentença anulada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em fevereiro de 2006. Em seguida, o militar foi assassinado, em crime do qual foi acusada a sua então namorada. Mais vinte anos depois, em 21 de abril de 2013, o Tribunal do Júri condenou 23 dos 26 policiais militares acusados da morte de 15 detentos no segundo pavimento da Casa de Detenção, ainda não havendo, no entanto, trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>14</sup>

A repercussão internacional, a comoção social, os compromissos dos governantes e as promessas políticas, no entanto, apesar de não terem silenciado em um período curto após o massacre, não resultaram a melhora das condições do sistema prisional do país, como será analisado no próximo tópico. A implosão de três pavilhões do Complexo Penitenciário Carandiru, em 08 de dezembro de 2002, embora tenha sido um gesto simbólico, por tratar-se do “maior símbolo do fracasso do sistema prisional brasileiro”<sup>15</sup> não significou o início de uma “nova era” desse sistema.

#### 4. ALGO MUDOU DE FATO, OU SIMPLEMENTE HÁ “MAIS DO MESMO”?

Após o evento, graves deficiências do regime penitenciário foram mantidas, como falta de orçamento, agentes estatais despreparados, falta de condições

---

13 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2000, p. 1.

14 Julgamento de massacre do Carandiru condena 23 policiais. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/24356-julgamento-de-massacre-do-carandiru-condena-23-policiais>. Acesso em 17.07.2013.

15 TRÊS pavilhões do Carandiru são implodidos em São Paulo. Folha de São Paulo (Folhaonline), São Paulo, 08.12.2002. Disponível em <[www.folha.uol.com.br/folha](http://www.folha.uol.com.br/folha)>. Acesso em: 15.07.2008.

de higiene, trabalho e lazer, e inúmeras violações à dignidade humana dos detentos, além de diversos conflitos carcerários, que geraram novas comoções, em um “ciclo fatal, cuja interrupção é muito difícil”.<sup>16</sup>

O Comitê contra Tortura da Organização das Nações Unidas, no ano de 2001, acusou a permanência de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes nas prisões brasileiras. Salientou as más condições materiais e higiênicas nos estabelecimentos penitenciários, a falta de serviços essenciais, como médicos, a violência entre presos. Aduziu a longa permanência de presos nas detenções das delegacias de polícia, lugares insuficientemente equipados para abrigar detentos. Recomendou a adoção de medidas urgentes para melhorar as condições de detenção em delegacias e cárceres, tanto em relação ao ambiente e às condições de trabalho e educação dos detentos, quanto no que se refere aos agentes prisionais e policiais, que deverão receber instruções e treinamentos. Por fim, mencionou a necessidade de adoção de sistemas de vigilância para obstar a violência entre presos.<sup>17</sup>

No Rio Grande do Sul<sup>18</sup>, as superlotações, que chegaram a superar o dobro da máxima permitida em alguns estabelecimentos, e más condições, como instalações elétricas próximas a chuveiros, ausência de colchões, espaços para dormir, proliferações de doenças, além de outras situações precárias, culminam

---

16 BITENCOURT, 2001, p. 227 e 231.

17 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001

18 Um panorama completo do sistema prisional da unidade federativa foi traçado no Relatório do Mutirão Carcerário do Conselho Nacional de Justiça, realizado no ano de 2011, abrangendo quase todas as unidades prisionais do estado. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas – DMF. MUTIRÃO CARCERÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: Relatório Geral. Porto Alegre, 14 de março de 2011 a 15 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/riograndedosul.pdf>. Acesso em 17.07.2013.

em diversas violações à dignidade humana.<sup>19</sup> As violações foram descritas nas fundamentações de decisões judiciais que decretaram a intervenção parcial ou total de diversos presídios do Estado, como o do Município de Rio Grande, em 1995<sup>20</sup>, Montenegro, em 2002<sup>21</sup>, de Santa Maria, em 2003 e 2004<sup>22</sup>, Caxias do Sul, em 2005<sup>23</sup>, de Passo Fundo, em 2008<sup>24</sup>, de Taquara, no mesmo ano<sup>25</sup>, todas mantidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul.

Recentemente, a situação do Presídio Central de Porto Alegre foi denunciada, por oito entidades que compõem o Fórum da Questão Penitenciária, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, devido às péssimas condições nele encontradas, como esgoto a céu aberto, falta de lugar para os presos dormirem, falta de assistência médica, entre outros problemas, como a superlotação (com

---

19 FERNANDES, 2000, p. 193 e 264.

20 BRASIL – Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação e Reexame Necessário nº 594048621. Acórdão da Primeira Câmara Cível, Relator: Salvador Horácio Vizzotto. Julgado em 15.02.1995. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 22.06.2008.

21 BRASIL – Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 70003497054. Acórdão da Sétima Câmara Criminal. Relator: Luis Carlos Ávila de Carvalho Leite. Julgado em 07.02.2002. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em 22.06.2008.

22 MORAES, Ana Luisa Zago de. A Interdição do Presídio Regional de Santa Maria. 27 de outubro de 2003, Santa Maria: Jornal A Razão, 2003 e, ainda: BRASIL – Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Agravo em execução nº 70011087111. Acórdão da Segunda Câmara Criminal. Relator: João Carlos de Provedel. Julgado em 28.04.2005. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em 22.06.2008.

23 BRASIL – Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 70013537105. Acórdão da Sétima Câmara Criminal. Relator: Marcelo Bandeira Pereira. Julgado em 15.12.2005. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em 22.06.2008.

24 BRASIL – Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança nº 70022934871. Acórdão da Sexta Câmara Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo. Julgado em 24.04.2008. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em 22.06.2008.

25 BRASIL – Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 70023926132. Acórdão da Quinta Câmara Criminal. Relatora: Genacéia da Silva Albeton. Julgado em 11.06.2008. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em 22.06.2008.

4.100 presos e capacidade para 1.986 pessoas, é considerado o maior presídio da América Latina<sup>26</sup>). Entre as vinte medidas cautelares propostas pelas entidades está, além da adequação das instalações físicas, a vedação ao ingresso de novos presos no estabelecimento, a separação dos presos provisórios daqueles já condenados, a construção de novos estabelecimentos prisionais na região metropolitana em referência e o acesso de todos os detentos a advogado ou Defensor Público, em tempo e condições adequadas, de modo a permitir o acesso à justiça para regular cumprimento de seu regime prisional.<sup>27</sup>

À ausência de um ambiente apto a promover uma vida digna, aos presos e aos próprios agentes que laboram nos presídios, é acrescido outro problema crônico no sistema penal brasileiro: a prisão de indivíduos em delegacias de polícia durante longos períodos, inclusive sem comunicação à autoridade judicial. Essa situação facilita a utilização de tortura, por parte dos policiais, para obter confissões e outras provas, além de serem as delegacias ambientes inaptos a promover direitos como à educação, ao trabalho, ao lazer, à assistência médica e outros.<sup>28</sup> Somado a este problema está a carência, em determinados Estados,

---

26 Durante inspeção do Mutirão Carcerário do CNJ, em 2011, os números eram ainda maiores: 2.069 vagas para 4.835 internos - o que representa 233,69% da sua capacidade. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Mutirão Carcerário do Estado do Rio Grande do Sul: Relatório Geral, p. 20.

27 Trata-se da Comunicação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos protocolada em 11 de fevereiro de 2013, registrada com Pedido de Medida Cautelar no 8/2013 (Pessoas Privadas de Liberdade no Presídio Central de Porto Alegre). Representação disponível em: [http://www.ajuris.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2864:representacao-a-oea-relata-cotidiano-do-presidio-central&catid=54:destaques&Itemid=50](http://www.ajuris.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2864:representacao-a-oea-relata-cotidiano-do-presidio-central&catid=54:destaques&Itemid=50). Acesso em 17.07.2013. A resposta do Estado brasileiro, por sua vez, se encontra disponível em: <http://www.ajuris.org.br/attachments/article/2995/governo%20federal%20resposta%20a%20CIDH.pdf>. Acesso em 17.07.2013. O procedimento, na última consulta, estava na fase do recebimento da réplica formulada pelos peticionantes.

28 HUMAN RIGHTS WATCH. O Brasil atrás das grades. Relatório formulado em 1998. Disponível em: <http://www.hrw.org/portuguese/reports/presos/sistema.htm>. Acesso em: 21.07.2008; FERNANDES, 2000, p. 179-180.

como o Pará, de ambientes aptos a abrigar mulheres presas, juntamente com seus filhos.<sup>29</sup>

O episódio ocorrido na Delegacia de Polícia do Município de Abaetetuba, no Estado do Pará, é exemplo tanto das ilegais detenções em delegacias, quanto da omissão do Estado em identificar presos quanto à idade e sexo, provendo-lhes locais condizentes com tais qualidades. O evento consistiu na detenção de uma garota de quinze anos em uma cela da delegacia, juntamente com outros vinte indivíduos, todos do sexo masculino, entre o dia 21 de outubro e o dia 14 de novembro de 2007. A detenção ocorreu devido a uma “*autuação em flagrante*” da adolescente, que ficou na “*mesa*” do Delegado de polícia, enquanto a adolescente permanecia detida, somente tendo sido libertada por ocasião da visita do Conselho Tutelar à delegacia.<sup>30</sup> A menina relatou, já no Centro de Defesa da Criança e do Adolescente, ter sofrido violência sexual por parte dos presos e mantido relações sexuais com um deles em troca de comida, o que foi confirmado pelos detentos quando ouvidos por membros da CPI do Sistema Carcerário, ocasião em que também mencionaram que a jovem constantemente referia ser menor de idade. Após esse caso, foram noticiadas diversas denúncias de mulheres detidas com homens em carceragens do Estado do Pará.<sup>31</sup>

O Relatório de 2007 da Anistia Internacional descreveu que o sistema prisional brasileiro continuou a se “deteriorar”. Citou o crescente aumento da

---

29 FERNANDES, 2000, p. 300-310.

30 BRASIL - Pará. Tribunal de Justiça. Celso Viana, afastado da Delegacia de Abaetetuba, prestou depoimento na Corregedoria, ontem. Disponível em: [www.tj.pa.gov.br/clipping](http://www.tj.pa.gov.br/clipping). Acesso em: 22.06.2008.

31 BRASIL – Pará. Tribunal de Justiça. Governadora quer punição rigorosa. Clipping do Dia 23.11.2007. Disponível em: [www.tj.pa.gov.br](http://www.tj.pa.gov.br). Acesso em: 22.06.2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. Deputados questionam MP. Clipping do Dia 07.12.2007. Disponível em: [www.tj.pa.gov.br](http://www.tj.pa.gov.br) Acesso em: 22.06.2008; BRASIL - Pará. Tribunal de Justiça. OAB quer correição de autoridades. Clipping do Dia 27/11/2007. Disponível em: [www.tj.pa.gov.br](http://www.tj.pa.gov.br). Acesso em: 22.06.2008.

população carcerária, a insuficiência de investimentos, casos de tortura e maus-tratos cometidos por policiais e agentes prisionais. Salientou as superlotações extremas e as condições sanitárias precárias, enunciando o “colapso do sistema prisional” brasileiro. Referiu que vários motins e inúmeros casos de violência entre presos também ocorreram, principalmente no Estado de São Paulo, em que detentos vinculados à organização denominada Primeiro Comando da Capital “comandavam” determinadas prisões, determinando rebeliões, inclusive concomitantes em diferentes casas de reclusão.<sup>32</sup>

O relatório em comento enunciou, ainda, casos pontuais de violação de direitos humanos nas prisões brasileiras, como o ocorrido no Presídio de Araraquara, em São Paulo, em que, durante vários meses, “1.600 presos, inclusive doentes e feridos, foram mantidos num pátio com espaço para 160 pessoas enquanto a prisão era reformada”.<sup>33</sup> Acrescentou, ainda, a existência de violações contra prisioneiras, como ocorreu na Colônia Penal Feminina em Recife, em que a Anistia Internacional testemunhou detentas dormindo no chão e nos chuveiros, serviços de saúde limitados, relatos de tratamento violento recebidos dos carcereiros, além de crianças recém-nascidas doentes e sem atendimento médico.<sup>34</sup>

No ano de 2013, a chamada “Crise do Sistema Prisional de Santa Catarina”, envolvendo denúncias de práticas de tortura pelos agentes prisionais desde o ano de 2008, sem a apuração de responsabilidades, bem como de manutenção de prisões além do limite da pena aplicada, teve, como uma das consequências, ordens emitidas de dentro de estabelecimentos prisionais para que fossem queimados ônibus e praticados outros atos de vandalismo fora dos muros das prisões,

---

32 ANISTIA INTERNACIONAL, 2007, p. 1-4.

33 ANISTIA INTERNACIONAL, 2007, p. 4.

34 ANISTIA INTERNACIONAL. Relatório anual 2007 – Brasil, p. 4.

chamadas pela imprensa de “atentados”.<sup>35</sup> Tal situação é atribuída, dentre outros fatores como a superlotação, à ausência de Defensoria Pública na unidade federativa. Nesse sentido, aliás, em mutirão carcerário coordenado pela Defensoria Pública da União, foram constatados diversos casos em que foi cumprido o tempo suficiente para ganhar semiliberdade, saídas temporárias e remição de pena, mas os benefícios não foram concedidos.<sup>36</sup>

Os relatórios e as situações anteriormente narradas remontam uma crise crônica do sistema penitenciário brasileiro e um agravamento de problemas antigos, como a superpopulação carcerária, a prática de abusos, maus-tratos e torturas sobre apenados, a violência entre os internos e a inexistência de mínimas

---

35 Exemplificativamente, segue dossiê da imprensa local sobre os casos de incêndios de diversos ônibus e do clima de “terror” instaurado pelos ataques: Atentados em SC. Diário Catarinense. Disponível em: <http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/policia/pagina/atentados-em-sc.html>. Acesso em 17.07.2013.

36 Nesse sentido: SC: Mutirão aponta sistema prisional superlotado, com falhas no acesso à saúde e à educação. Associação Nacional dos Defensores Públicos. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=17252>. Acesso em 17.07.2013. Acerca da carência de Defensoria Pública também foi relatado pelo Conselho Nacional de Justiça: “A ausência de uma Defensoria Pública em Santa Catarina compromete o atendimento jurídico oferecido à população carcerária daquele Estado. O diagnóstico foi feito pelo juiz auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Márcio Fraga, após reunião com defensores públicos federais em Florianópolis, nesta sexta-feira (8/7). “Há uma deficiência enorme de assistência jurídica aos presos que não têm condições de pagar um advogado pela falta de uma defensoria pública estadual”, afirmou. A assistência jurídica à população carcerária é prestada atualmente por advogados dativos, o que tem gerado críticas dos presos e presas do estado, de acordo com as inspeções realizadas nas últimas quatro semanas pelo Mutirão Carcerário do CNJ nas prisões do Estado. “Esse modelo de defensoria foi estruturado de modo contrário ao que prevê a Constituição Federal”, disse o magistrado. “Isso corresponde a um percentual de 16,89%, o que indica que pelo menos em relação a população carcerária, os advogados dativos não conseguem, apesar dos esforços, atender às pessoas carentes de forma satisfatória”, afirma juíza.” In: Falta de Defensoria Pública piora sistema prisional catarinense. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15016:falta-de-defensoria-publica-piora-sistema-prisional-catarinense&catid=223:cnj&Itemid=583](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=15016:falta-de-defensoria-publica-piora-sistema-prisional-catarinense&catid=223:cnj&Itemid=583). Acesso em 17.07.2013.

condições para uma sobrevivência digna no interior das prisões, sem olvidar da própria carência de assistência jurídica.<sup>37</sup>

## 5. E A LEGISLAÇÃO “NUMA HORA DESSAS”?

A Constituição da República Federativa do Brasil possui um conjunto de diretrizes normativas para organização e funcionamento do sistema jurídico-penal, que compreendem princípios e regras gerais ou específicos em matéria penal e processual penal, que Luciano Feldens denomina Constituição Penal, que prevê a existência de um sistema penal e estabelece limites materiais inultrapassáveis por ele, mas também mandamentos de tutela penal.<sup>38</sup>

Os limites materiais do sistema jurídico formam o modelo garantista brasileiro e, especificamente em matéria penal, delineiam os limites de atuação tanto do legislador quanto das agências que atuam na criminalização secundária das condutas, bem como fundamentam normativamente a própria penalização.<sup>39</sup> Em outras palavras, quando o legislador ou as agências policiais, judiciárias e prisionais excedem as delimitações constitucionais, carecem de fundamento de atuação e, portanto excepcionam a ordem constitucional do Estado democrático de direito brasileiro.

Além dos direitos previstos constitucionalmente, o Brasil também é adepto de inúmeras convenções internacionais que delineiam o sistema penal e processual penal garantista, dentre elas, exemplificativamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, no âmbito das Organizações das Nações Unidas.

---

37 ROLIM, 2007, p. 77.

38 FELDENS, 2004, p. 98.

39 FELDENS, 2004, p. 38.

O Brasil, por outro lado, não possui previsão constitucional de um modelo de sistema prisional, e as cadeias e centros de detenção são administrados, em regra, pelos governos estaduais, não seguindo sua estrutura um modelo rígido.<sup>40</sup> Embora a ausência de um modelo unificado, a Constituição Federal prevê os direitos e garantias aos presos, da mesma forma os tratados internacionais, consoante já mencionado nos parágrafos anteriores. A Lei de Execução Penal<sup>41</sup>, por sua vez, determina que os estabelecimentos prisionais deverão dispor de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais (art. 13), devendo o Estado prover assistência material (art. 12), à saúde (art. 14), jurídica (art. 15), educacional (arts. 17 a 21), social (arts. 22 a 23), religiosa (art. 24), dentre outras, todas no intuito de fornecer uma vida digna ao condenado, mantendo a pena no limite para o qual foi destinada, que é a restrição da liberdade.

A Lei de Execução Penal instituiu o Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária e o Departamento Penitenciário Nacional, ambos no âmbito do Ministério da Justiça, sendo o primeiro responsável por fixar as diretrizes do sistema, além de pesquisar e publicar, de dois em dois anos, o Censo Penitenciário Nacional. Em razão da Lei de Execução Penal e das Regras Mínimas para Tratamento de Presos das Nações Unidas, o Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária estabeleceu as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, sistematizando os direitos anteriormente previstos<sup>42</sup>. O documento, datado de 1994, foi descrito oficialmente como um “guia essencial para aqueles que militam na administração de prisões”.<sup>43</sup>

O Departamento Penitenciário Nacional, por sua vez, é responsável por

---

40 FERNANDES, 2000, p. 149.

41 BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Publicada no Diário Oficial da União de 13.07.1984.

42 BRASIL. Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994. Publicada no Diário Oficial de 2.12.1994.

43 HUMAN RIGHTS WATCH. O Brasil atrás das grades, p. 3.

aspectos práticos, como assegurar o cumprimento das diretrizes estabelecidas pelo Conselho e por fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços prisionais (arts. 62 a 64 e 71 a 72)<sup>44</sup>. O Departamento também é responsável pela gestão do Fundo Penitenciário Nacional, criado pela Lei Complementar 79, de 07.01.1994.<sup>45</sup>

A Lei de Execução Penal prevê vários outros mecanismos de monitoramento externo dos estabelecimentos prisionais, que devem ser organizados no âmbito estadual, mas também das próprias comarcas. Os juízes assumem um papel central na condução dos presos nos estágios de cumprimento da pena, bem como na fiscalização mensal dos próprios estabelecimentos, competindo-lhes, inclusive interdita-los quando estiverem em condições inadequadas (arts. 65 e 66). Ao Ministério Público incumbe o dever de fiscalizar os estabelecimentos inclusive mediante visitas mensais (art. 68). Também há previsão de instituição dos Conselhos da Comunidade pelos juízes e, ainda, da fiscalização por parte da direção e dos agentes penitenciários, bem como dos Departamentos penitenciários locais.

O papel da Defensoria Pública, seja defendendo individualmente os direitos dos detentos, seja através da tutela coletiva, aliás, é de suma importância e tem sido cada vez mais explicitado legalmente. Nesse norte, a Lei de Execução Penal foi alterada pela Lei nº 12.313 de 19.08.2010, para estabelecer a obrigatoriedade, por parte das Unidades da Federação, de implantar o serviço de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais (art.16).<sup>46</sup>

---

44 HUMAN RIGHTS WATCH. O Brasil atrás das grades, p. 3.

45 SALLA; ALVAREZ, 2005, p. 232-233.

46 Ademais, Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar 80, de 12.01.1994), foi alterada pela Lei Complementar 132, de 07.10.2009, estabelecendo, expressamente, o dever da Defensoria Pública de atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes (art. 4º, XVII).

Outros mecanismos de fiscalização são inerentes ao sistema constitucional brasileiro, como pelo Poder Legislativo, tanto mediante Comissões Parlamentares de Inquérito quanto através da atuação da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. Essa fiscalização também ocorre no âmbito dos Estados federados, como na Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul.<sup>47</sup> Há, ainda, a fiscalização por organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos, mediante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Mais recentemente, o Conselho Nacional de Justiça, através dos “Mutirões Carcerários”, tem cumprido importante papel na visita e inspeção de estabelecimentos prisionais do país inteiro e das Varas de Execução Penal correspondentes.<sup>48</sup>

## 6. A TENTATIVA DE EXPLICAR A MANUTENÇÃO DA VIOLÊNCIA NO LIMIAR DO SISTEMA JURÍDICO

A dinâmica concreta dos sistemas prisionais brasileiros, em geral, não atende às determinações constitucionais de defesa dos direitos e garantias fundamentais dos presos. Para a compreensão dessa dinâmica, deve-se levar em consideração que as prisões não podem ser definidas simplesmente pelas formas jurídicas, tampouco podem ser delimitadas pelas consequências da aplicação da lei penal.<sup>49</sup> Assim, as prisões não podem ser apreendidas, tanto nas suas atribui-

---

47 FERNANDES, 2000, p. 157.

48 Acerca dos Mutirões Carcerários: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>. Último acesso em 29 de janeiro de 2013.

49 Essa compreensão da dinâmica das prisões de forma externa à delineada pelo ordenamento jurídico, mas sobre o poder sobre corpos foi preconizada por Michel Foucault, na obra *Vigiar e Punir*, com salientou Juarez Cirino dos Santos (SANTOS, Juarez Cirino. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 58. São Paulo: 2006, p. 290).

ções quanto no seu funcionamento, somente no plano das leis e de suas garantias, mas também na perspectiva da tática política, situada na concretude, na maneira como o próprio corpo é investido pelas relações de poder.<sup>50</sup>

As relações de poder nas prisões não se localizam especificamente nas relações do Estado com os cidadãos, mas aprofundam-se dentro da sociedade, tampouco reproduzem simplesmente a dominação econômica, as leis, ou outros critérios únicos. Elas se articulam nas prisões em complexas engrenagens,<sup>51</sup> que não podem ser resumidas à concepção de instituição total de Goffman, em que há uma dicotomia entre vigilantes e vigiados, ou seja, os agentes que exercem o poder e os demais que são ordenados por eles.<sup>52</sup> Isso porque, sob a perspectiva da complexidade, essa totalidade é relativizada para abranger diversas influências vindas do mundo exterior, e também mitiga a ideia de poder estatal como único atuante sobre os presos, uma vez que o recluso nem sempre estabelece uma relação direta como os agentes sociais do controle de vigilância formal, como, por exemplo, aqueles que “ficam no fundo da cadeia”, comandados por outros presos.<sup>53</sup>

Por conseguinte, a violência nas prisões não é apenas imposta diretamente pelos agentes estatais, mas pela articulação entre diversos fatores - políticos, econômicos, sociais, culturais – que resultam na violência da prisão e na violência da sociedade contemporânea<sup>54</sup>. A violência da prisão remonta o excesso de força usada pelo poder de punir, que atua mediante a disciplina, que é a própria (micro)física do poder, instituída para controle e sujeição do corpo, para produ-

---

50 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 23-24. Na obra, Foucault salienta que essa direção já foi apontada por Rusche e Kirchheimer, que estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam (*Vigiar e punir*, p. 24-25).

51 FOUCAULT, 2002, p. 26-27.

52 GOFFMAN, 1974, p. 16-18.

53 GUINDANI, 2001

54 GUINDANI, 2007, p. 114.

zir corpos dóceis e úteis.<sup>55</sup> O poder no interior do sistema penal é, portanto, um *biopoder*, já que baseado nas tecnologias sobre os corpos.<sup>56</sup>

A violência externa à prisão é a segregação social, o silêncio em torno dos problemas carcerários, a impunidade dos crimes cometidos pelos agentes estatais no interior das prisões, dentre outras<sup>57</sup>. É chamada questão social que, além de compor o perfil da população carcerária, é expressão da realidade de grande parte da população do país, e determina o tratamento que terão no próprio sistema prisional, de exclusão, discriminação, subalternidade, pobreza, não equidade, não acessibilidade e não representação pública.<sup>58</sup> Assim, a violência externa se reproduz nas prisões, passando também a utilizar mecanismos de biopoder, tornando-as campos de concentração para pobres, servindo como neutralização dos dejetos sociais.<sup>59</sup> Esses campos de concentração são o local que o Estado penal, substitutivo do Estado social, encontra para encarcerar um número cada vez maior de indivíduos, a partir do endurecimento da legislação penal e da atrofia dos direitos sociais.<sup>60</sup>

As violências nas prisões sobre os corpos dos detentos, quando excedem os limites impostos pelo Estado constitucional democrático de direito, como é a dignidade da pessoa humana, atingem a zona de indiferenciação, o ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico de poder, onde e apenas pode ser situado o estado de exceção.<sup>61</sup> Assim, da análise realizada do sistema prisional brasileiro, é frequente essa fenda, esse limiar, quando milhares de presos são submetidos a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes,

---

55 SANTOS, 2006, p. 292.

56 FOUCAULT, 1998, p. 127-128.

57 GUINDANI, 2007, p. 114.

58 WOLFF, 2005, p. 90.

59 WACQUANT, 2001, p. 9-11.

60 TEIXEIRA, 2007, p. 243-244.

61 AGAMBEN, 2004, p. 9.

como a tortura, a sobrevivência em lugares insalubres, sem acesso à saúde, vítimas de epidemias, da violência de outros presos devido à falta de segurança e à facilitação pelos próprios agentes estatais, dentre outras violações que presentificam o tratamento como mera vida, e não como cidadão.

O estado de exceção no sistema prisional brasileiro contemporâneo assume, inclusive, os contornos de campo de concentração, não num sentido histórico, remetendo-se aos eventos atrozizados ocorridos no regime nazista, mas num sentido de estrutura jurídico-política, em que eventos semelhantes podem ter lugar.<sup>62</sup> Essa estrutura do campo corresponde à do espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra.<sup>63</sup> A atribuição do campo é, portanto, a de realizar estavelmente a exceção em um determinado espaço, colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não simplesmente externo, porque é um fato “desejado” pelo poder soberano, que não se limita a decidir sobre o estado de exceção, mas produz uma situação de fato como consequência dessa decisão.<sup>64</sup>

## 7. “INTERROGAÇÕES” FINAIS

Após vinte anos do Massacre do Carandiru, o sistema prisional brasileiro segue assumindo as feições de um campo de concentração e, ao que parece, o Brasil não aprendeu muito com o evento, mesmo após a intervenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: os responsáveis ainda não foram julgados definitivamente; muitas vítimas e familiares aguardam, até hoje, a reparação civil; a situação do sistema prisional ainda é precária, sendo a superlotação e os maus-tratos a regra geral.

Diante disso, apesar da luta da Pastoral Carcerária e de diversas institui-

---

62 AGAMBEN, 2004, p. 173.

63 AGAMBEN, 2004, p. 175.

64 AGAMBEN, 2004, p. 176-177.

ções para evitar “apagamento” dos fatos, certo é que o dia 2 de outubro de 1992 ainda não é o marco do “fim dos massacres”, principalmente no âmbito do sistema prisional. Pelo contrário, o Massacre do Carandiru não foi um fato isolado no tempo e a violência no sistema prisional ainda é uma realidade, uma fenda no Estado constitucional democrático de direito e seu modelo garantista e, ainda, uma afronta ao sistema de proteção internacional aos direitos humanos.

Depois de duas décadas, não existem, pois, conclusões, mas apenas interrogações: até quando o Estado brasileiro vai omitir-se do resgate da memória e da verdade sobre fatos que impliquem sua responsabilização? Até quando não aprenderemos com os erros do passado? Até quando, ao invés de um pedido de desculpas e de uma promessa de não repetição, ouviremos um “não aconteceu”, para assim suceder tudo de novo, e de novo.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

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

ANISTIA INTERNACIONAL. **Relatório anual 2007** – Brasil. Disponível em: <<http://www.br.amnesty.org>>. Acesso em 22 jun. 2008.

ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. 39. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa. II Segunda Caravana Nacional de Direitos Humanos: **Sistema Prisional brasileiro**. 11 maio 2006. Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/caravana15.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas (DMF). **Mutirão Carcerário do Estado do Rio Grande do Sul**: Relatório Geral. Porto Alegre, 14 de março de 2011 a 15 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/riograndedosul.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Newton. **A Falência do Sistema Prisional Brasileiro**. São Paulo: RG, 2000.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Trad. Maria Theresa Costa Albuquerque e J.A. Ghilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GUINDANI, Miriam Krezinger. A violência simbólica e a prisão contemporânea. **Civitas**: Revista de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 2, 2001.

GUINDANI, Miriam Krenzinger. Análise da Execução Penal na Perspectiva da Complexidade. In: CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

HUGGINS, Martha; HARITOS-FATOUROS, Mika; ZIMBARDO, Philip. **Operários da violência**: policiais torturadores e assassinos reconstróem as atrocidades brasileiras. Trad. Lólio Lourenço de Oliveira. Brasília: UNB, 2006.

HUMAN RIGHTS WATCH. **O Brasil atrás das grades**. Relatório formulado em 1998. Disponível em: <<http://www.hrw.org/portuguese/reports/presos/sistema.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **A Interdição do Presídio Regional de Santa Maria**. Jornal A Razão, Santa Maria, 27 out. 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 34/00**: Caso 11.291 (Carandiru), Brasil, 13 de abril 2000. p. 1-4 e 15. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/99port/Brazil11291.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Observaciones finales del Comité contra la Tortura**: Brazil. Publicado em 16 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

ROLIM, Marcos. Prisão e Ideologia: Limites e Possibilidades para a Reforma Prisional no Brasil. In: CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 77.

SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 57, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, mar-abr. 2004. p. 60-122.

SANTOS, Juarez Cirino. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 58, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O terrorismo de Estado e a ditadura civil-militar no Brasil: direito de resistência não é terrorismo. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, [S.l.], v. 5, p. 50-74, 2011.

TEIXEIRA, Alessandra et al. **O sistema prisional**: um debate necessário. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 67, 2007.

WOLFF, Maria Palma. **Antologia de Vidas e Histórias na Prisão**: emergência e injunção de controle social. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

## PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: ASPECTO SUBSTANCIAL E A PROIBIÇÃO DE DECISÕES SURPRESA

*Maira de Carvalho Pereira Mesquita*

*(Defensora Pública Federal. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós Graduada em Direito Civil e Processual Civil. Mestranda em Direito na Universidade Federal de Pernambuco)*

### RESUMO

O presente texto busca estudar a compatibilização entre o aspecto substancial do princípio do contraditório e a possibilidade de conhecimento de matérias de mérito ou de rito *ex officio* no processo civil. Sob o prisma do Estado Constitucional – Estado de Direito e Estado Democrático, o processo deve ser baseado na igualdade, cooperação e diálogo entre as partes e o juiz. Nesse panorama, não é mais possível conceber o princípio do contraditório como mera ciência dos atos processuais (aspecto formal); é imperioso reconhecer também a faceta substancial, entendida como o direito de influência da parte na construção da decisão judicial, cuja consequência é a vedação a decisões surpresa.

**Palavras-chaves:** Contraditório. Aspecto substancial. Influência. Decisões surpresa.

### ABSTRACT

This paper seeks to study the compatibility between the substantial aspect of the adversarial principle and the possibility of the judge knowledge matters of substance or of legal procedure *ex officio*. From the perspective of the Constitutional State - rule of law and democratic state, the law suit must be based on equality, cooperation and dialogue between the part and judge. In this scenario, it is no longer possible to conceive the adversarial principle as a mere science of procedural acts (formal aspect); it is imperative to see also the substantial aspect, understood as the part right to influence the construction of the

judgment, which consequence is the forbiddance of surprise decisions.

**Keywords:** Contradictory. Substantial aspect. Influence. Surprise decisions.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. O PROCESSO COMO FENÔMENO CULTURAL, NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO CONSTITUCIONAL 3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO 3.1. Noções gerais. 3.2. A faceta substancial do contraditório no Estado Constitucional 4. CONTRADITÓRIO E CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE MATÉRIAS PELO JUIZ 5. CONCLUSÃO 6. REFERÊNCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5º, inciso XXXV, inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, tradicionalmente chamado de cláusula do acesso à justiça, ou do direito de ação. Trata-se, em poucas palavras, da possibilidade de provocar a prestação jurisdicional para garantir a tutela de direitos, ou, segundo Canotilho, consiste em direito fundamental formal cuja densificação se dá através de outros direitos fundamentais materiais<sup>1</sup>.

No Estado Constitucional, o processo, além de efetivo e equânime, deve permitir o constante diálogo entre as partes e o juiz, a fim de que, mediante a participação de todos, construa-se a decisão judicial mais justa ao caso concreto. Em suma, o processo contemporâneo deve ser democrático, baseado no diálogo e equilíbrio.

A noção de que o processo é um instrumento para concretização dos direi-

---

1 CANOTILHO, 2003, p. 496.

tos materiais é revista: demanda-se um processo efetivo, equilibrado e cooperativo entre as partes e o órgão julgador. Nessa nova roupagem, ganha destaque o princípio do contraditório, entendido como expressão da democracia no processo civil, a fim de garantir a igualdade processual e a participação das partes na construção do provimento jurisdicional.

O princípio do contraditório não é mais visto exclusivamente sob o aspecto formal - conhecimento dos atos processuais -, mas demanda também a observância da faceta substancial, consistente na efetiva possibilidade de influenciar na formação das decisões judiciais. Por outro lado, é sabido que, na condução do processo, o juiz pode conhecer matérias de fato ou de direito de ofício, atividade comumente relacionada aos brocados *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato e te darei o Direito) e *iura novit curia* (o juiz conhece o direito).

Diante do exposto, indaga-se: qual a postura a ser adotada pelo magistrado nos casos de reconhecimento de matérias de ofício? A intimação prévia das partes é obrigatória? Em caso positivo, não haveria adiantamento do julgamento? E, em caso negativo, as partes não seriam surpreendidas por um argumento sobre o qual não tiveram oportunidade de debater? Haveria ofensa ao contraditório?

Nesse contexto, o presente trabalho busca fazer uma análise acerca do princípio do contraditório à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, nova roupagem do acesso à justiça. Busca não apenas a concepção da doutrina tradicional do contraditório como mera ciência dos atos processuais, mas principalmente trazer à tona o seu aspecto substancial, identificado como poder de influência das partes. Aliado a isto, busca contrapor a faceta substancial do princípio do contraditório à possibilidade de conhecimento de matérias de ofício pelo órgão julgador no processo civil contemporâneo.

## 2. O PROCESSO COMO FENÔMENO CULTURAL, NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO CONSTITUCIONAL

Diferentemente do início do século XX, época em que se pensava ser o processo um fenômeno neutro, o processo atualmente é concebido como fenômeno cultural, reflexo da sociedade em que está inserido. O processo, como os demais ramos do Direito, absorve as tendências do momento histórico e da ideologia dominante, o que traz grandes repercussões na formatação e compreensão dos institutos processuais.

No Estado Liberal Clássico, o processo refletia a neutralidade do Estado, e era permeado pela faceta formal da igualdade, considerando-se as partes iguais perante a lei. O juiz adotava uma postura de passividade, com predomínio das partes no processo. O processo, na visão liberal, tinha por características: 1) visão formal da igualdade; 2) neutralidade axiológica; 3) postura passiva e distante do juiz, e predomínio da atividade das partes; 4) distribuição estática do ônus da prova; 5) primazia da tutela pecuniária (não se falava em tutela específica)<sup>2</sup>.

Com a industrialização e o surgimento de relações sociais mais complexas, passou-se a entender que o Estado não poderia se limitar a declarar os direitos formalmente: surgem dos direitos fundamentais de segunda geração, direitos sociais que exigem ações positivas do Estado, tais como a prestação de serviços públicos de previdência e assistência sociais, educação e saúde. Nesta segunda dimensão, o direito à igualdade material ganha realce, não sendo suficiente a posição absentéista do Estado, o qual tem o dever de garantir a justiça social.

A ideia de igualdade substancial também permeou o direito processual, cujo objeto deixou de ser apenas o poder-dever do exercício da jurisdição e os institutos a ela correlatos. Nesse contexto, o direito fundamental de acesso à justiça passou a ser entendido como meio de efetivação dos direitos fundamentais:

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

---

2 SANTOS, 2011 p. 47-75.

“acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.<sup>3</sup>

Ultrapassados o Estado Liberal e o Estado Social – representantes, respectivamente, do constitucionalismo moderno e social -, atualmente se vive o Estado Constitucional, sob o paradigma filosófico do neoconstitucionalismo.

Apesar dos traços distintivos entre os países, o estágio atual do constitucionalismo – o chamado neoconstitucionalismo – tem por característica básica a combinação entre a supremacia normativa da Constituição, na qual está previsto um rol de direitos fundamentais (não mais apenas na vertente individual), e um sistema de controle de constitucionalidade, normalmente jurisdicional, para garantir esta supremacia<sup>4</sup>.

Entende-se por Estado Constitucional não simplesmente um Estado que possui Constituição (fenômeno quase universal), mas um Estado com qualidades identificadas pelo constitucionalismo contemporâneo: trata-se de um Estado de direito e um Estado democrático, sendo necessárias essas duas qualidades. Segundo Canotilho, o Estado Constitucional busca estabelecer uma conexão entre o Estado de Direito e a democracia, fonte de legitimação do poder político<sup>5</sup>.

Este é o paradigma vivenciado pelo sistema jurídico atual. Tais tendências – neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e Estado Constitucional – estão interligadas e influenciam diretamente na concepção do acesso à justiça e na maneira de condução do processo civil. Há uma releitura dos institutos processuais, com a adoção de um “modelo constitucional do direito processual civil”, cujo resultado prático é a aplicação da teoria dos direitos fundamentais ao processo. Por esta razão, entende-se ser mais adequada a expressão “devido processo cons-

---

3       CAPPELLETTI, 1988, p. 12-13.

4       BAYÓN, 2011, p. 66.

5       CANOTILHO, 2003, p. 93 e 100.

titucional”, e não apenas devido processo legal<sup>6</sup>.

Além de reconhecer a necessidade da releitura do processo civil à luz dos direitos fundamentais, Daniel Mitidiero resalta que o marco metodológico do Estado Constitucional transferiu o centro da teoria do processo da jurisdição (foco centrado no juiz, visão um tanto unilateral) para o próprio processo, ressaltando a sua dimensão essencialmente participativa. Reconhece-se ser o processo ato de três pessoas (*iudicium est actum trium personarum* - autor, juiz e réu), potencializando-se o valor participação, considerado uma manifestação da democracia<sup>7</sup>.

Assim, sob a ótica do Estado Constitucional, para ser legítimo, o processo deve ser fundado no diálogo, razão pela qual o princípio do contraditório, entendido como participação e influência, é considerado essencial. O processo não é mais visto como um duelo entre as partes e assistido pelo juiz, mas, pelo contrário, os sujeitos processuais são coautores da decisão final a ser tomada, constituindo uma comunidade de trabalho, em que todos possuem deveres, ônus e direitos.

### 3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

#### 3.1. Noções gerais

Na vigência da Constituição de 1967, a alteração trazida pela EC nº 01/69 dispôs no capítulo IV, a partir do artigo 153, sobre os direitos e garantias individuais. Entre outros, era previsto o direito à igualdade, à segurança jurídica, e ao princípio da legalidade. Nesse rol também estava previsto o processo em contraditório na instrução criminal, nos seguintes termos:

---

6 BUENO, 2011, p. 45.

7 MITIDIERO, 2011, p. 48-49.

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu. (BRASIL, 1969)

Sob a égide da Constituição de 1967, época da ditadura militar, foi promulgado o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) até hoje vigente no país. Trata-se de diploma permeado pela visão liberal do processo, o que foi parcialmente modificado pelas reformas ocorridas ao longo dos anos, sem, contudo, ter havido uma mudança na essência do Código.

Por outro lado, a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou, além da vitória da democracia, a adoção pelo Brasil da concepção do Estado Constitucional, mediante a conjugação das qualidades de Estado de Direito e Estado Democrático (artigo 1º, *caput*, Constituição Federal). Aliado a isto, no paradigma neoconstitucionalista, reconhece-se a força normativa dos preceitos constitucionais, com profundas influências no direito processual.

O artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988 alargou de maneira considerável o direito ao contraditório, ao estender o âmbito de incidência a todos os processos judiciais e administrativos (antes restrito à instrução criminal): “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório passa a ser identificado como manifestação do princípio do Estado de democrático de Direito, intimamente ligado ao direito de ação, participação e à igualdade entre as partes.

Para Nelson Nery, o contraditório possui dois elementos: 1) a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e dos atos processuais; e 2) a possibilidade de reação pelas partes (conceito entendido em sentido amplo, de qualquer

pessoa que ostente uma pretensão no processo) em face dos atos que lhes sejam desfavoráveis. Nas palavras do autor:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.<sup>8</sup>

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, o princípio do contraditório ou da audiência bilateral relaciona-se à garantia fundamental de justiça e está intimamente ligado ao exercício do poder. O princípio da audiência bilateral (*audiatur et altera pars*) seria uma decorrência do dever de imparcialidade e equidistância do juiz em relação às partes: em um processo dialético, o magistrado escuta a tese, a antítese e, depois, chega à síntese (decisão). Apesar de as partes defenderem seus interesses, não possuem papéis antagônicos, mas de “colaboradores necessários” para a eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve. O contraditório, para tais autores, possui dois elementos: informação e reação<sup>9</sup>.

Assim, para a doutrina tradicional, o contraditório é concebido como o direito à ciência/informação/comunicação ou bilateralidade de audiência das partes. A tempestiva citação do réu e a intimação do autor dos atos processuais são consideradas, para a doutrina clássica, mecanismos suficientes para a fiel observância do contraditório. Nesse paradigma, o primeiro elemento do contraditório é a informação, e a segunda faceta, a possibilidade de reação contra atos desfavoráveis.

Limitar o conteúdo do princípio do contraditório a esses dois elementos pressupõe, entretanto, uma visão individualista do processo, uma vez que esta garantia processual teria por finalidade apenas possibilitar às partes reagir ou

---

8 NERY JUNIOR, 2004, p. 172.

9 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 55-57.

evitar posições desfavoráveis aos seus interesses. Em outras palavras, sob essa perspectiva, o contraditório destina-se exclusivamente àqueles que podem ter a esfera jurídica afetada pelo processo; justifica-se a necessidade de citação, intimação ou comparecimento da parte para que ela, de alguma forma, possa se defender contra situações desvantajosas, seja prévia ou repressivamente.

Nessa concepção, o exercício do contraditório relaciona-se a um dano potencial a ser suportado pela parte com a decisão judicial. O contraditório estaria vinculado à possibilidade da ocorrência de um dano patrimonial; para quem não corre o “risco” de suportar qualquer dano (quem não será afetado pelo processo), não há que se falar em contraditório. Resta evidenciada, portanto, a conotação individualista do contraditório clássico, visto que estaria relacionado à proteção da esfera de direitos das partes envolvidas, e não à participação na construção das decisões ou à legitimação dos provimentos jurisdicionais.

Além disso, a concepção tradicional, ao restringir o princípio do contraditório ao binômio informação-reação, considera ser a aplicação do direito tarefa exclusiva do magistrado, e não fruto de uma construção legitimada pelo diálogo cujos coautores são todos os sujeitos processuais. De fato, da célebre afirmação de que o autor traz aos autos a tese, o réu a antítese, e o juiz chega à síntese pode-se extrair o retrato do modelo assimétrico do processo civil, em que as partes fornecem os subsídios para a resolução do conflito, a qual é alcançada ou descoberta de maneira solitária pelo juiz. Esta é a visão do contraditório *estático*, que “somente pode atender a uma estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação de provimento pelo juiz.”<sup>10</sup>

Por outro lado, no Estado Constitucional, o processo revela a feição participativa da democracia, razão pela qual o direito à tutela jurídica efetiva também consiste em uma garantia fundamental de participação. Busca-se um processo

---

10 THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2011, p. 289.

efetivo e equânime, interpretado à luz da Constituição e dos direitos fundamentais. Contraditório e isonomia são direitos informativos do processo civil intimamente relacionados, uma vez que o caráter dialético do processo deve atuar com igualdade de oportunidades, com intervenção constante e equilibrada das partes.

Assim, o contraditório não é mais concebido apenas como bilateralidade de audiência e possibilidade de reação. A ciência ou comunicação dos atos processuais é considerada a faceta formal do contraditório, ao lado da faceta substancial, consistente na participação com possibilidade de influência na decisão judicial. O aspecto substancial consiste, portanto, no poder de influência para construção da decisão, com nítido caráter preventivo na formação do convencimento.

### **3.2. A faceta substancial do contraditório no Estado Constitucional**

O contraditório é considerado a manifestação do regime democrático no processo. Por esta razão, o trâmite processual deve necessariamente contar com a possibilidade de participação efetiva das partes envolvidas, não apenas restrita à comunicação ou ciência dos atos processuais, mas entendida também como a possibilidade de influência no convencimento do juiz.

Para Marinoni, o contraditório consiste em uma expressão técnico-jurídica do princípio da participação, uma vez que o poder para ser legitimamente exercido deve estar aberto à participação, forma de legitimação das democracias<sup>11</sup>. Na mesma linha, Hermes Zanetti Junior considera o contraditório elemento essencial para o conceito de processo, por se apresentar como “valor-fonte do processo democrático”, estando intrínseca à noção de contraditório a possibilidade de “interveniência do destinatário na formação da decisão”.

De fato, partindo da premissa de que a participação integra o conteúdo do contraditório, e que este princípio é a expressão da democracia do processo,

---

11 MARINONI, 2011, p. 319.

chega-se à conclusão de que a faceta puramente formal do contraditório (comunicação/ciência) não é suficiente para definir este princípio. Tal afirmação ganha mais força se inserida no contexto do neoprocessualismo, cujo enfoque reside na proteção dos direitos fundamentais processuais.

Assim, o princípio do contraditório deve ser entendido sob dois aspectos: formal ou básico e substancial ou material.

O aspecto formal do contraditório relaciona-se com a comunicação no processo - audiência, informação, ciência dos atos processuais – e a possibilidade de reação. Consoante visto, a doutrina clássica comumente entende que a efetivação do contraditório se dá unicamente pela observância do binômio informação-reação.

A faceta substantiva da garantia consiste, por sua vez, na possibilidade de influência no convencimento do órgão julgador. O contraditório não se implementa apenas com a ouvida ou ciência da parte, sendo necessário também lhe assegurar a possibilidade de influenciar na decisão a ser tomada pelo juiz, a fim de evitar “decisões surpresa”. A democracia pressupõe participação para legitimar o Estado e o exercício do poder. Transmutada esta noção para o processo civil, as partes têm o direito de participação e de influência na construção da decisão judicial, sendo coautoras deste produto juntamente com o órgão julgador.

No Estado Constitucional – Estado de Direito e Estado Democrático –, a decisão não é vista como fruto do saber solitário do juiz. Pelo contrário, para se falar em decisão legítima, é preciso haver participação das partes, destinatárias da decisão e coautoras dela:

A necessária participação das partes em simétrica paridade para uma jurisdição efetivamente justa [...] passa pela questão da qualidade das decisões judiciais, e, conseqüentemente, pela legitimidade de tais decisões. É tal legitimidade só é efetivada por via de um procedimento realizado em contraditório, para que seja superada a visão de que a justiça seja produto da ‘clarividência do julgador, sua ideologia ou

magnanimidade<sup>12</sup>.

Assim, além da preocupação com a prestação jurisdicional tempestiva e eficiente, o processo deve ter um caráter eminentemente dialético, com ampla participação das partes. Essas e o juiz devem cooperar na busca da solução para o litígio, formando uma “comunidade de trabalho”, em que o magistrado e as partes adotem uma postura ativa, equilibrada e cooperativa. O monólogo judicial é, então, substituído pelo diálogo participativo.

Nesse contexto, o juiz não ocupa mais o lugar central da prestação jurisdicional; ao contrário, é um dos componentes necessários, mas não o único ou principal. Por esta razão, defende-se que a decisão judicial, para ser legítima, deixou de ser verticalizada e heterônoma, passando a ser horizontal e autônoma, construída em simétrica paridade de participação entre as partes, advogados, Defensores Públicos e Ministério Público<sup>13</sup>.

Para Antônio do Passo Cabral, a ruptura com o conceito tradicional do contraditório (binômio informação-reação) está relacionada ao exercício da democracia através do discurso, a adoção da democracia deliberativa. Sob este paradigma, os indivíduos não são considerados objetos das decisões estatais, uma vez que estas são produto de uma:

discussão argumentativa pluralista, retirando do indivíduo a condição de súdito (que se submete) para o *status* de ativo co-autor da elaboração da norma, verdadeiramente cidadão e partícipe desse processo<sup>14</sup>.

O princípio do contraditório deve, então, ser visto sob este enfoque: consiste na manifestação da democracia no processo; impõe ao juiz o dever de dialogar

12 AZEREDO, 2010, p. 37.

13 SOARES, 2004, p. 171.

14 CABRAL, 2009, p. 115.

com os demais sujeitos processuais (o juiz também é sujeito do contraditório)<sup>15</sup>; e garante o exercício do direito de influência, além do binômio tradicional ciência-reação.

Ao enfatizar a importância do contraditório e a necessidade de se garantir a paridade de armas ou a “paridade de condições”, Igor Raatz dos Santos defende ser o processo cooperativo uma alternativa para redução das desigualdades na relação processual. Para ele, sem a utilização constante de mecanismos com vistas a diminuir as desigualdades entre as partes, não apenas o contraditório será ineficaz, mas todos os direitos fundamentais de um processo justo correm o risco de serem artificiais e insuficientes para assegurar a efetiva participação no processo.<sup>16</sup>

Acrescente-se como consequência lógica da faceta substancial do contraditório o direito de a parte ver seus argumentos considerados e apreciados pelo órgão julgador ao proferir a decisão, com íntima conexão com o dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX da Constituição Federal).

---

15 Neste sentido, considerando ser o juiz também sujeito do contraditório, a título exemplificativo: “O princípio do contraditório tem abrangência dupla. [...] Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em deveres do juiz.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109); Também: CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 235. Em sentido contrário, considerando ser impossível considerar o juiz sujeito do contraditório: “No debate processual o juiz não se situa em posição paritária com as partes simplesmente porque não é destinatário dos atos decisórios. Não é contraditor [...]. O contraditório é exercido unicamente pelos contraditores (leia-se partes e seus advogados) [...]. A expressão juiz contraditor denota então – reafirme-se em outros termos – um oxímoro: aproxima conceitos que não combinam, com significados opostos e que verdadeiramente se repelem [...]” DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 21, n. 82, p. 239, abr.-jun. 2013.

16 SANTOS, 2011, p. 48 e 58.

Sendo assim, pode-se afirmar que o contraditório consiste na manifestação processual do direito de participação e de influência (características da democracia) na busca do processo em um sistema dialético e de cooperação, evitando-se surpresas processuais às partes.

#### 4. CONTRADITÓRIO E CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE MATÉRIAS PELO JUIZ

No processo civil, o juiz pode conhecer de ofício matérias de fato e de direito, e apreciar livremente a prova produzida nos autos pelas partes, desde que indique de maneira fundamentada as razões do seu convencimento. Trata-se da adoção do princípio do livre convencimento motivado do órgão julgador. Sobre o assunto, os artigos 131 e 462 do Código de Processo Civil (CPC) (PESSOA, 2006) assim dispõem:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, **ainda que não alegados pelas partes**; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (grifo nosso)

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, **de ofício** ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (grifo nosso)

Os dispositivos acima transcritos não deixam dúvidas de que o juiz pode considerar matérias de fato e de direito *ex officio*. Entretanto, questiona-se se, ao conhecer de ofício matéria ainda não discutida nos autos, o magistrado precisa ouvir previamente as partes ou não. Por muito tempo – e talvez até hoje – defendeu-se ser desnecessária a prévia intimação das partes nesses casos, postura que não mais se sustenta no âmbito da proteção dos direitos fundamentais processuais.

ais e do processo cooperativo.

Em relação ao reconhecimento de ofício de questões jurídicas pelo magistrado, usualmente são lembrados os brocados romanos *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato e te darei o Direito) e *iura novit curia* (o juiz conhece o direito). Tais postulados seriam suficientes para justificar a possibilidade de o julgador conhecer de ofício questões jurídicas não ventiladas pelas partes. O juiz, diante do dever de decidir (proibição do *non liquet*), tem o poder-dever de aplicar ao caso a norma jurídica que entender mais pertinente, mesmo que ela não tenha sido suscitada pelas partes.

A possibilidade de o juiz conhecer matérias fáticas ou de direito não trazidas pelas partes não se confunde, entretanto, com a necessidade de observância do contraditório também nesses casos. O juiz não pode decidir com base em questão sobre a qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, pois quanto a isto não houve participação, nem possibilidade de influência na construção da decisão.

Em observância ao aspecto substancial do contraditório, os litigantes não podem ser surpreendidos com uma decisão que leve em conta matéria não discutida nos autos, razão pela qual o juiz deve possibilitar a manifestação das partes e o exercício do direito de influenciar a formação do convencimento, para, apenas depois, proferir a sentença/decisão.

A proteção contra decisões surpresa, ou proteção contra a surpresa é vista como o direito da parte à previsibilidade do processo em relação ao conteúdo da decisão jurisdicional. Trata-se de limite imposto ao órgão julgador: somente pode servir de fundamento da decisão aquele elemento que tiver sido previamente discutido pelas partes no processo. Este limite incide também nos casos de conhecimento de matérias de ofício.

A doutrina brasileira, apesar de ainda pouco expressiva, começa a defender a existência no processo cooperativo do dever de consulta do juiz, segundo

o qual se impõe ao órgão julgador a prévia consulta às partes antes conhecer matéria de fato ou de direito sobre a qual elas não tenham tido a oportunidade de se pronunciar. O objetivo é, justamente, evitar “decisões surpresa”, e, com isso, resguardar a faceta substancial do contraditório e o direito de participação das partes<sup>17</sup>.

O dever de consulta do juiz está intimamente ligado ao princípio do contraditório, cujo núcleo essencial é a participação não apenas fictícia, mas também compreende o direito de a parte se pronunciar e influir na formação do provimento jurisdicional. Nesse sentido, o juiz deve colocar para as partes as questões de fato reveladas de ofício *antes* de decidir sobre elas, bem como submeter aos litigantes a norma por eles não suscitada, dando ensejo à discussão sobre a possibilidade de aplicá-la ao caso concreto.

Podem-se citar, sobre o assunto, alguns exemplos: a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma e o reconhecimento de ofício da prescrição.

O juiz pode, como fundamento da decisão, declarar a inconstitucionalidade de uma norma, visto que o Brasil adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade – concentrado e difuso. O magistrado pode fazer isto mesmo que as partes não tenham alegado a inconstitucionalidade em qualquer momento no curso do processo, mas, para tanto, deve intimá-las para que se manifestem sobre a constitucionalidade da norma, sob pena de afronta ao princípio do contraditório. Esta intimação não significa prejudicar o caso, mas efetivar o contraditório substancial, possibilitando que as partes influenciem na formação da decisão.

Da mesma forma, nos termos do artigo 219 § 5º do Código de Processo Civil, o juiz pronunciará de ofício a prescrição. Entretanto, se as partes em momento algum do processo mencionaram esta matéria e o juiz verificar o transcur-

---

17 SANTOS, 2011, p. 71.

so do lapso prescricional ao sentenciar, em respeito ao princípio do contraditório, ele não pode extinguir o processo com base na prescrição sem antes ouvir as partes. A observância da faceta substancial do contraditório impõe a prévia oitiva das partes para que elas possam influenciar no convencimento ou trazerem, por exemplo, uma causa suspensiva ou interruptiva da prescrição<sup>18</sup>.

Assim, antes de proferir a decisão – de mérito ou processual - com base em matéria jurídica ou fática não trazida aos autos, deve ser oportunizada a manifestação das partes, para que exerçam o direito à participação e influência no processo.

Interessante a observação trazida por Didier Junior de que, nesses casos, a simples possibilidade de a parte apresentar recurso contra a sentença que se utilizou de fundamento jurídico não discutido nos autos não sana a violação ao contraditório<sup>19</sup>. Isto porque o recurso é uma forma de discutir novamente a matéria, e não de discuti-la pela primeira vez. Não se está falando que o duplo grau de jurisdição é um princípio obrigatório, mas, quando houver previsão de dois (ou mais) graus de jurisdição para análise da causa, esse direito não deve ser negado à parte.

Na legislação estrangeira, o Código de Processo Civil de Portugal (PORTUGAL, 1961) traz sobre o assunto interessante dispositivo (artigo 3º, número 3)<sup>20</sup>:

---

18 É importante salientar que, no microsistema das execuções fiscais, o artigo 40 § 4º da Lei nº 6.830/80, acrescentado pela Lei nº 11.051/2004, prevê expressamente a necessidade de o juiz, antes de decretar de ofício a prescrição intercorrente do débito, ouvir a Fazenda Pública. Trata-se de dispositivo que determina a prévia intimação da parte antes do reconhecimento de ofício da prescrição, o que aparenta ser um indicativo da legislação especial no sentido da consagração do poder de influência na formação do provimento jurisdicional. Entretanto, não há qualquer dispositivo no CPC vigente neste sentido.

19 DIDIER JUNIOR, 2009, p. 61.

20 Eis o teor de todo o artigo 3º do CPC português: **Necessidade do pedido e da contradição**  
1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, **o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito**, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir **questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso**, sem que as partes tenham tido a **possibilidade de sobre elas se pronunciarem**.

(Grifo nosso).

Percebe-se que o diploma português diferencia adequadamente duas questões: 1) possibilidade de conhecimento de ofício de questões de fato e de direito, e 2) necessidade de efetivar o contraditório (ciência e oportunidade de influência) antes da decisão. Além disso, explicita que o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se limita à ciência bilateral dos atos e à possibilidade de contraditá-los, mas também inclui necessariamente a (possibilidade de) influência efetiva das partes na formação do provimento judicial. Para tanto, deve-se oportunizar a prévia apresentação de provas, alegações e manifestações sobre matérias de fato e de direito, relativas ao mérito ou ao rito processual.

A legislação alemã também positivou o contraditório substancial e a necessidade de o juiz intimar as partes acerca de questões de fato e de direito a serem conhecidas de ofício:

§ 139 do ZPO: (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua

- 
- 2 - Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.
- 3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.
- 4 - Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência preliminar ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, **se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo**, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) **O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito de questões a serem consideradas de ofício**<sup>21</sup>. (grifo nosso)

Trata-se de dispositivo bastante claro quanto à consagração das facetas formal e substancial do contraditório, bem como da imperiosa necessidade de as partes se manifestarem acerca de questões a serem reconhecidas de ofício pelo juiz.

Da mesma forma, o Código de Processo Civil francês dispõe:

#### Artigo 16

**O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório.** Ele só pode considerar em sua decisão os recursos, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes que foram capazes de serem debatidas contraditoriamente. **Ele não pode fundamentar sua decisão sobre os recursos de direito que ele obteve sem previamente ter convidado as partes a apresentar suas observações**<sup>22</sup>.

Interessante perceber que a legislação francesa, além de determinar ser vedado ao juiz fundamentar a decisão em elemento sobre o qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, explicita que o magistrado, ele próprio, deve observar o princípio do contraditório. Significa estar o juiz inserido no diá-

---

21 Apud PESSOA, p. 76-80, maio, 2006. Original sem grifos

22 Tradução livre da autora. No original: “Article 16. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.”

logo processual, devendo debater os pontos controvertidos com as partes, e não apenas assistir ao duelo entre elas e depois proferir a decisão construída solitariamente. Pelo contrário, o juiz deve dialogar em condição de paridade com as partes, assumindo postura assimétrica apenas no momento da decisão.

Por esta razão, entende-se acertada a distinção feita por Daniel Mitidiero sobre a dupla posição do juiz em relação às partes no processo cooperativo. Na condução feito, deve-se ter um juiz isonômico e paritário no diálogo; na decisão das questões processuais e materiais, ele assume uma postura assimétrica<sup>23</sup>, em decorrência de ser a decisão judicial um ato de poder do Estado. A assimetria na tomada de decisões não deve ser compreendida como construção isolada da decisão, mas como consequência do caráter imperativo das decisões judiciais, apesar de terem as partes tido oportunidade de discutir os fatos e elementos normativos relevantes para formação do convencimento.

Percebe-se que o dever de diálogo do juiz já é reconhecido pela doutrina, em virtude da adoção do modelo constitucional do processo, bem como do seu caráter democrático e participativo. De fato, a ausência de previsão legal expressa quanto ao dever de consulta não significa estarem permitidas no processo civil brasileiro as decisões surpresa, visto que a necessidade de prévia intimação das partes acerca de matéria ainda não discutida nos autos decorre diretamente do aspecto substantivo do princípio do contraditório, que consagra o direito de influência.

Em outras palavras, o fato de o CPC vigente não conter previsão expressa sobre a necessidade de intimação das partes antes de o juiz proferir decisão com base em matéria reconhecida *ex officio* e não discutida nos autos não dispensa tal providência. Isto porque a previsão constitucional do contraditório contém força normativa incidente sobre o processo civil. E, conforme visto, a faceta substan-

---

23 MITIDIERO, 2011, p. 53.

cial do princípio do contraditório consiste na possibilidade de a parte influenciar na formação do provimento judicial, ostentando condição de coautora, e não apenas destinatária da decisão. Restam vedadas, em suma, as decisões surpresa, diante do direito conferido às partes de participarem em simétricas condições na resolução do conflito.

Por outro giro, uma boa notícia é que o projeto de novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 166/2010) prevê expressamente a faceta substancial do contraditório no artigo 10, apesar de não utilizar esta nomenclatura. De acordo com o referido projeto de lei e no caminho já trilhado por legislações estrangeiras, é vedado a qualquer órgão jurisdicional decidir com base em fundamento sobre o qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar, mesmo que se trate de matéria de reconhecimento de ofício<sup>24</sup>.

Trata-se de avanço significativo no texto da legislação brasileira, o qual demandará mudança de pensamento de vários operadores do direito, que comumente confundem a possibilidade de conhecimento de matérias *ex officio* com a necessidade de respeitar o direito de influência das partes no processo, a chamada faceta substancial do contraditório.

## 5. CONCLUSÃO

O princípio do contraditório, tradicionalmente identificado como direito à ciência dos atos processuais ou bilateralidade de audiência, não é mais visto sob o enfoque meramente formal. Pelo contrário, sendo um dos componentes do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, demanda também a observân-

---

24 Eis a redação do dispositivo no Projeto de Lei: “Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.”

cia do seu aspecto substantivo, consistente no poder de influência das partes na formação do convencimento do juiz.

Partindo-se do pressuposto de que o princípio do contraditório é constituído pelo binômio participação-influência, buscou-se, através do presente trabalho, discutir o conhecimento de matérias de ofício pelo juiz à luz deste princípio constitucional. Nos termos do artigo 131 e 462 do Código de Processo Civil, não há dúvidas de que, no exercício do livre convencimento motivado, o juiz pode conhecer de ofício matéria de fato e de direito para julgar a causa que lhe é posta.

Nesse contexto, buscou-se diferenciar a possibilidade de conhecimento de questões *ex officio* e o respeito à faceta substancial do contraditório. Viu-se que as legislações de Portugal, da Alemanha e da França fazem esta distinção de maneira expressa, ao consagrarem a necessidade de o magistrado, antes de levar em consideração matéria não discutida anteriormente nos autos, conferir às partes oportunidade de se manifestarem. Trata-se de garantia contra decisões surpresa e de imposição do dever de consulta ao órgão julgador.

No Brasil, apesar de ainda não existir previsão expressa no Código de Processo Civil nesse sentido, a vedação a decisões surpresa pode ser extraída diretamente do princípio constitucional do contraditório em seu aspecto substancial. Por esta razão, o juiz não pode proferir qualquer decisão – de mérito ou de rito - com base em matéria reconhecida de ofício, sem antes determinar a intimação das partes para que possam se manifestar e, com isso, influenciar na formação do provimento.

Para extirpar qualquer dúvida a respeito, em boa hora o Projeto do novo CPC prevê, no artigo 10, a proibição de o juiz decidir com base em questão não discutida nos autos. Tal previsão representa um avanço no texto normativo brasileiro e demandará mudança de pensamento e postura de muitos operadores do direito, ainda distantes da ideia de processo efetivo e em cooperação.

## REFERÊNCIAS

AZEREDO, Amanda Helena Guedes. A inconstitucionalidade do *ius postulandi* na Justiça do Trabalho em face do princípio constitucional do contraditório. **Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária**, Caxias do Sul/RS, ano 4, n. 28, p. 22-50, fev. 2010.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitucion. **Discusiones**, Bahía Blanca, a. 1, n. 1, p. 65-94, 2000. Disponível em: <[http://descargas.cervantes-virtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Voll\\_05.pdf](http://descargas.cervantes-virtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Voll_05.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2011.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Dá nova redação à Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. 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 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Projeto de Lei n. 166/2010. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. Reimpresso 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? **Revista Brasileira de**

**Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 21, n. 82, p. 229-254, abr.-jun. 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 44, p. 31-41, set./out. 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 8, n. 29, p. 505-516, jul./set. 2003.

FRANÇA. **Code de procédure civile français**. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D574A3BBF91B2E7DBF003BC146378614.tpdjo10v\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149639&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130517](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D574A3BBF91B2E7DBF003BC146378614.tpdjo10v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149639&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130517)>. Acesso em: 16 maio 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed, rev., atual e ampl. com as novas Súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Os artigos 462 e 131 do código de processo civil e o contraditório substancial. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 23, n. 269, p. 76-80, maio, 2006.

PORTUGAL. Código de Processo Civil. 1961. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

SANTOS, Igor Raatz dos. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 47-75, fev. 2011.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional**. Belo

Horizonte: Decálogo, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Derle. Princípio do contraditório no direito brasileiro. In: PROCESSO e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 281-310.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado democrático constitucional. 2005. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 abr. 2012.



## DIREITOS HUMANOS. ACESSO À JUSTIÇA. DEFENSORIA PÚBLICA. POBREZA. EXCLUSÃO SOCIAL.

*Michelle Valéria Macedo Silva*

*(Defensora Pública Federal no Rio de Janeiro. Especialista em Processo Civil pela PUC-RJ. Artigo apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos do Instituto Ius Gentium Coninbrigae da Universidade de Coimbra, Portugal, aprovado sob a orientação da Dra. Mariana Canotilho, durante o afastamento em gozo de licença capacitação deferida pela Defensoria Pública da União, devidamente adaptado para esta publicação)*

### RESUMO

A privação de direitos humanos básicos tem como consequência a ausência de autodeterminação social de parte da sociedade. A falta de autodeterminação social conduz à formal e precária participação popular no processo democrático. O Estado Democrático de Direito perde sua eficácia material, traduzindo inevitavelmente um regime perverso de condução das políticas públicas, incapazes de promoverem inclusão social. O Acesso à Justiça é direito humano civil e político à disposição dos indivíduos, como instrumento jurídico necessário para a busca da tutela dos demais direitos humanos básicos, relacionados ao princípio da dignidade humana. A Defensoria Pública é a instituição pública destinada a promover o Acesso à Justiça dos direitos individuais e coletivos violados da parcela da população mais vulnerável. Assim, a redução da pobreza através do empoderamento dessa classe sem capacidade de autodeterminação social constitui uma das poucas saídas para a crise do sistema democrático contemporâneo. A inserção social dos excluídos, tornando-os autônomos e autossustentáveis em relação a seus projetos de vida, através de ações afirmativas do Estado, com a criação de Defensorias Públicas, capacita os indivíduos para a efetiva participação política, criando a oportunidade do povo efetivamente influenciar no jogo democrático revertendo-o a seu favor.

**Palavras-chaves:** Acesso à justiça. Direitos humanos. Defensoria Pública. Pobreza. Inclusão social.

## **ABSTRACT**

The deprivation of basic human rights has led to a lack of self-determination on the part of society, capability. This absence of capability guides to a formal and weak public participation through the process of democratization. As a result, the Democratic State under the Rule of Law loses its effectiveness, subverting the conduct of the public policies, unable to promote the social inclusion. The Access of Justice is a civil and political human right available to individuals, as a necessary legal instrument to pursuit of protection of the others basic human rights, mostly related to the principle of human dignity. The Public Defender is the public institution designed to promote the Access of Justice for the individual and collective rights violated from this vulnerable people. Thus, poverty reduction through empowerment is one of the few ways out of the crisis of contemporary democratic system. The social integration of excluded, making them autonomous and self-sustaining in relation to their life projects, through affirmative action of state, such as the creation of the Public Defender, enables individuals to effective political participation, offering the opportunity for people to influence effectively in the democratic system, giving them the way to revert it to your advantage.

**Keywords:** Access of justice. Human rights. Public defender. Poverty. Social inclusion.

## **SUMÁRIO**

1.INTRODUÇÃO 2. PRIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. POBREZA. EXCLUSÃO SOCIAL 3. O DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA. DEFENSORIA PÚBLICA. PRESTAÇÃO POSITIVA DO ESTADO 4.CONCLUSÕES

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo busca fundamentar a necessidade premente nas sociedades democráticas da existência da instituição denominada Defensoria Pública. Ao lado de instituições públicas democráticas já consolidadas, tais como o Ministério Público e a Magistratura, buscou-se afirmar o papel indispensável da Defensoria Pública para a concretização dos ideais de justiça social, inerentes a qualquer sistema democrático.

Parte-se de uma conceituação multidisciplinar do que seria pobreza para culminar com a caracterização como privação de direitos e, por conseguinte, como uma das causas de exclusão social, tomando-se por base preceitos de direitos humanos e sua crescente falta de efetividade nas sociedades em crescimento.

Em seguida, com base no direito humano de acesso à justiça é delineada uma indispensabilidade da Defensoria Pública para cumprimento da representatividade processual qualificada dos menos favorecidos e grupos sociais vulneráveis.

Ao lado dos profissionais privados autônomos, vinculados à Ordem dos Advogados, verifica-se que há espaço e necessidade de criação de uma instituição pública independente e autônoma destinada exclusivamente à defesa judicial e extrajudicial dos excluídos do processo democrático.

Há percepção de como a facilitação do acesso à justiça através da Defensoria Pública pode ser capaz de influenciar no jogo democrático de Poder, permitindo a participação efetiva das camadas excluídas da população no processo democrático, promovendo-se ao fim a tão almeja inclusão social.

## 2. PRIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. POBREZA. EXCLUSÃO

## SOCIAL

O estudo dos Direitos Humanos tem alcançado grande importância internacional. Esse fenômeno decorre do fato de que as normas de Direitos Humanos carregam um conteúdo axiológico que corresponde ao princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é a premissa que na filosofia orienta o imperativo categórico Kantiano<sup>1</sup>, reaproximando-se a ética e o direito, mediante uma fundamentação moral dos Direitos Humanos, no qual a pessoa humana assume posição central e irredutível no Ordenamento Jurídico nacional e internacional.

Resumidamente, de acordo com Kant<sup>2</sup> existiriam duas categorias de valores: o preço e a dignidade. O preço seria um valor externo mercadológico e que manifesta interesses particulares ao passo que a dignidade representaria um valor interior, moral e, portanto, de interesse geral. As coisas teriam preço e as pessoas dignidade. O imperativo categórico Kantiano consistiria em cada um agir de acordo com a máxima que se gostaria fosse transformada em lei universal.

Diante dos holofotes destes grandiosos valores existenciais, a esfera jurí-

---

1 “A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico Kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas tem preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter.” (BARROSO, 2009, p.250).

2 KANT, 2005, p.77-78: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade”.

dica internacional ganha relevância na medida em que serve de parâmetro para aprimorar os Ordenamentos Jurídicos internos, principalmente aqueles que ainda hoje experimentam preceitos normativos acanhados em termos de conteúdos axiológicos plurais ou até com tendências ditatoriais contemporâneas (p.ex.: alguns países do leste europeu), oferecendo como norte irradiante o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse valor subjacente que protege o indivíduo, independente da nacionalidade, constitui o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, sendo objeto de estudo a busca de maior densidade jurídica destes conceitos em vista de transformá-los em normas jurídicas em prol de sua maior efetividade.

Por este motivo, sucessivas Convenções e Tratados foram celebrados no âmbito de um verdadeiro sistema de proteção de Direitos Humanos, universal ou regional, para garantir a máxima proteção destes valores elevados. A tarefa de deduzir-se valores humanos em normas jurídicas constitui a base da implementação daqueles na medida em que passam a corresponder a determinadas obrigações positivas ou negativas a serem cobradas do Estado para protegê-los e efetivá-los<sup>3</sup>.

Assim, valores universais reconhecidos em normas jurídicas ensejam obrigações aptas a serem exigidas tanto do Estado quanto de outros seres humanos. A política nacional e internacional deve ter limites, felizmente ditados pelos

---

3 CANOTILHO, 1997, p.470: “Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o ‘rendimento mínimo garantido’, as prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio de desemprego’ são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o standart mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito”.

Direitos Humanos, sob pena de se tornarem políticas ilegítimas para a sociedade a que se destinam e passíveis de certo controle.

Neste contexto, mister se faz enfatizar a importância da efetiva participação civil na condução das políticas públicas e dos orçamentos públicos, o direito de votar, o direito de ser eleito, o direito à informação, o direito à educação, o direito de associação, o direito de reunião e a liberdade de expressão, que integram uma gama de direitos fundamentais relacionados ao exercício da cidadania, diretamente relacionados ao pleno implemento da democracia.

Porém percebe-se que esse exercício das liberdades individuais não se verifica em igualdade de condições entre os indivíduos que integram uma sociedade. Assim, há indivíduos que não estão em igualdade de oportunidades no meio social<sup>4</sup>, tornando-os inaptos ao pleno exercício material de suas liberdades individuais, sua participação formal na sociedade civil apenas perpetua sua situação de exclusão social.

Desta feita, somente um ideal de igualdade de oportunidades seria capaz de colocar os indivíduos em equidade no jogo democrático, legitimando sua participação na sociedade de forma salutar. É sabido que as sociedades democráticas se estruturam na participação civil para tomadas das decisões políticas e, portanto, a qualidade desta participação civil estaria diretamente relacionada às opções políticas adotadas no seio social, responsáveis pelas inclusões ou exclu-

---

4 “As pessoas discordam quanto ao que é necessário para assegurar a justa igualdade de oportunidade. Algumas pessoas acreditam que a não discriminação na educação e no emprego sejam suficientes. Outras argumentam que são necessários programas de ação efetivos para os grupos econômicos e culturalmente desfavorecidos, para que seus membros tenham uma oportunidade verdadeiramente igual de conseguir as classificações necessárias para o sucesso econômico. Contudo, a ideia motivadora central em cada caso é esta: é justo que os indivíduos tenham parcelas desiguais dos bens sociais se estas desigualdades forem ganhas e merecidas ao indivíduo, isto é, se são o produto das ações e escolhas do indivíduo. É injusto, porém, que os indivíduos sejam desfavorecidos ou privilegiados por diferenças arbitrárias e imerecidas nas suas circunstâncias sociais.”, KYMLICKA, 2006, p.71.

sões sociais históricas.

Neste contexto, fomentar a igualdade de oportunidades significa concebemos cidadãos livres e aptos a exercerem suas liberdades individuais o que culmina em tolerantes escolhas plurais e dignas. Segundo a Teoria de Justiça de John Rawls, o princípio da diferença que governa a distribuição de recursos econômicos<sup>5</sup> seria responsável pelo equilíbrio entre aqueles que não estão em igualdade de oportunidades, o que promove a inclusão social necessária ao pleno exercício das liberdades individuais de todos.

Trataremos da pobreza como uma das causas de exclusão social. A pobreza como um fator determinante da falta de oportunidade, redutora da liberdade de escolha de um projeto de vida digno. A pobreza como limite ao exercício das liberdades individuais e, por conseguinte, castradora da participação plena na sociedade civil.

A pobreza é um dado relativo, inserido num contexto social que requer determinados parâmetros locais para sua caracterização. A definição de pobreza esbarra na privação de recursos econômicos, mas esse parâmetro isolado não é capaz de exaurir o instituto. A quantidade de recursos econômicos necessários para garantir bem-estar pessoal varia de pessoa para pessoa, de país, de região. Diante desta perspectiva, Amartya Sen<sup>6</sup> introduziu o conceito de *capability*, acrescentando à ideia a noção de capacidade de autodeterminação social para caracterizar o estado de pobreza.

A falta de capacidade de autodeterminação na sociedade, associada a um nível de privação de recursos econômicos, indicaria o estado de pobreza. Mas esta incapacidade não seria nenhuma espécie de deficiência física ou psíquica, mas sim uma situação de privação de determinados direitos humanos que afetariam o exercício das liberdades individuais. A privação de determinados direitos

---

5 TORRES, 2009, p.55.

6 SEN, 1992, p.107. OHCHR, 2004.

humanos mínimos coloca o indivíduo em desigualdade de oportunidades na sociedade e, por conseguinte, sua capacidade de escolha (liberdade) resta reduzida ou até aniquilada.

Uma pessoa pobre seria aquela com restritas oportunidades de perseguir sua escolha de bem-estar pessoal. Baixos níveis de capacidade de autodeterminação social seriam indicadores de pobreza. Uma sociedade que possui uma grande parcela da população sobrevivendo com capacidade reduzida de autodeterminação social, restringindo a liberdade de escolha desta parcela da população, pode ser diagnosticada como uma sociedade com alto índice de pobreza.

É sabido que o exercício de direitos gera custos; de fato, o gozo de determinados direitos individuais requer gastos, muitas vezes impossíveis de serem suportados por uma parcela da população. As classes mais ricas possuem maior oportunidade de exercerem seus direitos do que as classes com menos recursos financeiros. É responsabilidade do Estado intervir para equilibrar esta desigualdade de usufrutos de direitos na sociedade.

Ademais, para além dos custos financeiros dos direitos há de se levar em consideração que os direitos só são efetivos se forem primeiramente captados pela consciência dos seres humanos e, conseqüentemente, estiverem ao alcance de capacidade de ação face a suas lesões. Portanto, consoante lição de Boaventura de Sousa Santos<sup>7</sup>, constitui dever do Estado Democrático assegurar aos cidadãos socialmente vulneráveis, o conhecimento de seus direitos, garantindo que não se omitam frente a suas lesões, possibilitando-os vencer as barreiras de acesso à Justiça.

A visão de que a todos interessa a inclusão social dos menos favorecidos não é muito difundida e nem tampouco clara na elite dominante das sociedades. Há de se ter como norte que a redução da pobreza e, por conseguinte, a promoção da igualdade material na sociedade é agenda atual e urgente nacional e interna-

---

7 SANTOS, 2002.

cional, para a consolidação da democracia.

A manutenção do abismo social e a perpetuação da exclusão social em massa traz para a sociedade maior violência e ineficiência das leis preventivas e repressoras do Estado, o que não corresponde ao anseio de uma população próspera pautada no valor da segurança pública e consolidação das instituições democráticas. A falta de autodeterminação social de grande parte da população excluída de direitos humanos constitui barreira para o discernimento das massas acerca dos parâmetros de comportamento a serem seguidos ou reprimidos, contribuindo para o aumento das infrações das normas jurídicas de conduta que culminam por disseminar na sociedade um estado de insegurança e medo constantes. Todos sofrem e experimentam uma significativa redução da qualidade de vida.

A redução da pobreza através do empoderamento dessa classe sem capacidade de autodeterminação social constitui uma das poucas saídas para a crise do sistema democrático contemporâneo. A inserção social dos excluídos, tornando-os autônomos e autossustentáveis em relação a seus projetos de vida, através de ações afirmativas do Estado, capacita os indivíduos para a efetiva participação na democracia. O empoderamento dos excluídos, tornando-os capazes de proverem sua própria subsistência digna, alavanca a economia e legitima efetivamente o regime democrático que passaria a funcionar de forma saudável e não perversa.

Um regime democrático saudável enseja uma efetiva participação política popular. A participação política se manifesta de várias formas, além das formas convencionais relacionadas aos direitos políticos, de votar e ser votado, capacidade eleitoral ativa e passiva, também participações políticas não convencionais, relacionadas ao direito de manifestação, direito de reunião, direito de associação, as liberdades de expressão e de informação, mais uma vez, liberdades individuais que se forem exercidas de forma efetiva são hábeis a influenciar no jogo político que determina as escolhas públicas.

Há muito se reconhece que a criação e consolidação de instituições democráticas, tais como o Ministério Público e a Magistratura, contribuem para o aprimoramento dos governos democráticos, apresentando-se como uma forma de controle e participação da sociedade na aferição da legitimidade constante das escolhas políticas financiadas pelo orçamento público. Instituições públicas democráticas além de promoverem um maior controle sobre a legalidade da Administração Pública, concorrem para aumentar a responsabilidade dos entes políticos.

A Declaração de Viena adotou a conclusão de que instituições democráticas nacionais exercem um importante papel na promoção e proteção dos direitos humanos, tendo incorporado os *Paris Principles* na Assembleia Geral das Nações Unidas de 1993<sup>8</sup>. Neste contexto, até o presente momento os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, bem como os países europeus somente mencionam a importância da existência de *ombudsman* à disposição da população vulnerável para informação e proteção dos direitos humanos violados na esfera individual. No entanto, a falta de efetividade dos mecanismos coercitivos que estes ouvidores públicos possuem enfraquecem a luta global pela sua existência<sup>9</sup>.

---

8 Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 48/134 de 1993, em Viena. Incorporou os *Paris Principles* foram definidos como o primeiro *workshop* de Instituições Nacionais para proteção e promoção dos direitos humanos que ocorreu em Paris em 1991. Esse princípios elencaram diretrizes para instituições democráticas alcançarem a promoção e proteção dos direitos humanos, todos baseiam-se em cinco guias: primeiro, a instituição deve monitorar as denúncias e casos de violação de direitos humanos; segundo, a instituição deve realizar advertências aos poderes instituídos; terceiro, a instituição deve manter relações nacionais e internacionais com outras instituições correlatas; quarto, a instituição deve ter funções de orientação e educação preventiva nas áreas dos direitos humanos e quinto, a instituição deve ter competências “quase-judiciais”.

9 Sobre um panorama mundial acerca da importância da existência de instituições democráticas para promoção e proteção dos direitos humanos, reconhecimento global e até certo modo denunciando a ineficiência dos Human Rights ombudsman, verifiquem REIF, 2000 p. 2.

O papel do Estado Social ao adotar políticas públicas capazes de diminuir as desigualdades de oportunidades e, por conseguinte, o abismo social existente entre os indivíduos em sociedade, tratando os desiguais desigualmente, conferindo oportunidade a quem não a possui em igualdade de condições com os demais, constitui obrigação a ser exigida do Estado.

Trata-se de verdadeira obrigação dos Estados promover o implemento do direito humano de acesso à Justiça, porque diz respeito à própria condição humana e não pode ser subtraída pois é o núcleo essencial dos direitos que garantem a vida digna. Não é caridade ou benevolência, é obrigação do Estado dotar os indivíduos de capacidade de autodeterminação social, sem a qual estes não são aptos a exercerem seus direitos de liberdade.

Não há liberdade sem dignidade da pessoa humana. O indivíduo privado do seu mínimo existencial não exerce materialmente seus direitos de liberdade. Ao mesmo tempo, capacitá-lo para o exercício de seus direitos de liberdade inclui necessariamente provê-lo de um mínimo de existência digna para que possa enfim frequentar a sociedade com igualdade de oportunidades dos demais indivíduos favorecidos.

Portanto, são as privações de determinados direitos humanos, na medida em que constituem núcleo essencial de direitos fundamentais que caracterizam mais o conceito de pobreza do que a escassez de recursos econômicos em si. É claro que ambos os conceitos estão interligados, mas a adoção de um isoladamente pode levar à caracterização equivocada do conceito de pobreza.

Por exemplo, uma família com poucos recursos econômicos pode vir a habitar uma casa custeada pelo Estado, prover educação pública para os seus rebentos, desfrutar de um sistema de saúde pública, receber cesta básica mensal e, portanto, não possuir privação de direitos humanos básicos, estando em plena capacidade de autodeterminação social, participando ativamente das eleições democráticas, com condições de influenciar no jogo político inclusive se elegen-

do em igualdade de condições com os demais integrantes da sociedade, numa campanha política financiada com recursos públicos. Esta não seria uma família pobre no conceito jurídico do termo.

Ao revés, uma família que receba recursos de uma economia informal, mas que não tenha condições de prover saúde, educação, habitação, experimentaria uma situação de exclusão social tamanha, que afetaria sua capacidade de autodeterminação social, por consequência, seus direitos de liberdade não seriam exercidos plenamente, sua participação política seria apenas formal, incapaz de influenciar nas decisões políticas. Nula seria sua chance de reverter o jogo democrático a seu favor.

O ensaio traz audaciosamente a pretensão de analisar como a privação do direito humano de acesso à Justiça fomenta o conceito de pobreza e a partir deste conceito demonstra que este direito instrumental é o último e muitas vezes o único garantidor de todos os demais direitos humanos assegurados no Ordenamento Jurídico.

Afinal, no Estado Democrático de Direito onde se proíbe a autotutela, sendo vedado o exercício arbitrário da força e das próprias razões, o acesso à Justiça constitui um direito humano essencial à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, já que abre as portas do aparato estatal preventivo e repressor para se exigir todos os outros direitos humanos faltantes. Maior relevo ainda adquire esta representação processual nos países em desenvolvimento em que há baixa ou nenhuma vontade política dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução de políticas públicas efetivas de qualidade.

### **3. O DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA. DEFENSORIA PÚBLICA. PRESTAÇÃO POSITIVA DO ESTADO**

Na medida em que vivemos num Estado Democrático de Direito constitui corolário, no âmbito do sistema de Separação de Poderes que compete ao Poder Judiciário, o exercício da função jurisdicional do Estado. Portanto, devem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, os conflitos de interesses que surgem buscando-se a solução jurídica definitiva para o caso concreto.

Essa função jurisdicional está sujeita aos limites da lei formal e material, sob pena de ser tida por arbitrária. Surgem então os princípios do devido processo legal formal (procedimentos e ritos) e substancial (leis proporcionais e razoáveis). Desde a Carta do João Sem Terra, de 15 de junho de 1215, que o princípio do devido processo legal foi percebido no âmbito normativo ao impedir qualquer restrição aos direitos à vida, liberdade ou propriedade sem que haja previsão em lei prévia local<sup>10</sup>.

Do ponto de vista público, os indivíduos possuem a seu dispor o livre exercício do direito de ação, capaz de movimentar o Poder Judiciário, com vistas à obtenção da decisão definitiva acerca do bem jurídico cuja tutela solicitam ao Estado. Desde a Magna Carta de 1215, a maioria das Constituições Nacionais têm assegurado expressamente a garantia do devido processo legal, como corolário do Estado Democrático de Direito<sup>11</sup>, sendo norte comum entre os países a busca pelo processo justo.

Portanto, dentre os direitos processuais fundamentais, ao lado do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, está o direito ao acesso à Justiça, como uma verdadeira garantia individual. Ademais, nos ordenamentos jurídicos

---

10 O art. 39 da Magna Carta de 1215, a propósito dizia: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento pelos seus pares e de harmonia com a lei do país”.

11 É o caso da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º), da República Portuguesa (Constituição, art.2º e 9º, b), da Espanha, Constituição, art. 1.1, etc.

há uma constante aspiração na busca do processo justo que requer estejam as partes em igualdade de posição, diante de um juízo imparcial e equidistante de ambas as partes, de modo que o processo serve como instrumento e não um fim em si mesmo para a concretização do direito.

No processo, as partes devem estar em igualdade de condições, assim como na sociedade, de modo que o exercício de suas garantias processuais, tais como o contraditório e a ampla defesa sejam efetivamente exercidas. Essa preocupação com a igualdade material das partes no processo, além de refletir a mesma necessidade de igualdade material na sociedade, visa evitar injustiças disfarçadas na mera igualdade formal.

Resumidamente, há muito o conceito de igualdade traduz-se no tratamento desigual dos desiguais na proporção de suas desigualdades. Portanto, àquele que não possui condições de arcar com as custas de sua defesa ou com a consulta de um profissional qualificado, deve ser ofertado gratuitamente um defensor à altura daquele escolhido e pago pela parte afortunada.

Um processo justo requer necessariamente a liberdade de acesso ao mesmo. O Estado é responsável pela garantia do exercício dos direitos de liberdade a todos os indivíduos e, sobretudo, aos grupos sociais vulneráveis, certamente os mais debilitados de direitos, o que passa pela difusão de informações jurídicas e pela capacidade de não resignação pelas lesões advindas, através da disponibilização de defesa técnica judicial e extrajudicial, verdadeira assistência jurídica integral e gratuita, organizada pelo Estado<sup>12</sup>.

No âmbito do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos a mesma garantia é assegurada nos Tratados e Convenções. No Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950,

---

12 “(...) Mais do que justiça igual para os pobres, a expansão do acesso ao direito e à justiça tem mais a ver com a política do welfare state do que com o desenvolvimento da profissão liberal de advogado.” SANTOS, 2002, p. 25.

prescreve no art. 6º o direito a um processo equitativo<sup>13</sup>, ressaltando o direito à defesa técnica por defensor escolhido pelo interessado ou na falta de recursos, por defensor oficioso.

Do mesmo modo, o Pacto Internacional Sobre os Direitos Cíveis e Políticos de 1976, no art. 14 também resalta o direito ao devido processo legal, enfatizando a obrigatoriedade de assistência de um advogado escolhido pelo acusado ou de um defensor oficioso<sup>14</sup>.

Também no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da

---

13 “Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo) -1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.. (...) 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...); c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; (...)” (Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Roma, 4.4.1950) Fonte: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf) acesso em 24/04/2012

14 “Artigo 14.º 1. Todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil. (...) 3. Qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (...) b) A dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação da defesa e a comunicar com um advogado da sua escolha; (...) d) A estar presente no processo e a defender-se a si própria ou a ter a assistência de um defensor da sua escolha; se não tiver defensor, a ser informada do seu direito de ter um e, sempre que o interesse da justiça o exigir, a ser-lhe atribuído um defensor oficioso, a título gratuito no caso de não ter meios para o remunerar;” (NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos, 1976. Fonte: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html> acesso em: 25/04/2012.

Costa Rica<sup>15</sup>, prescreve as garantias judiciais, restando claro o princípio do devido processo legal e, por conseguinte, o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

Percebe-se que a norma jurídica internacional do Continente Americano em comparação com as emanadas pela Europa é mais enfática ao mencionar a existência de Defensores remunerados pelo Estado para o ofício de prestar assistência jurídica gratuita àqueles desprovidos de recursos.

O acesso à jurisdição deve ser focado tanto do ponto de vista técnico como econômico. Na seara técnica, temos que reconhecer que o profissional que prestará a assistência jurídica gratuita deve ser um profissional com formação jurídica, carecendo, portanto, de equidade, dispormos de assistentes sociais para desempenhar o ofício da defesa processual de carentes.

Do mesmo modo, esses advogados devem possuir capacidade postulatória perante o Poder Judiciário, de modo a municiá-los com instrumentos jurídicos eficazes na persecução de seus fins institucionais. Neste âmbito, reconhecemos que o *ombudsman* presente em várias realidades europeias, inclusive a portuguesa, não possui tamanho poder de persuasão já que carece de capacidade postulatória perante o Poder Judiciário para propositura de ações subjetivas. Os

---

15 “Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:(...) d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;”

*ombudsmen* são meros destinatários de reclamações públicas, nem sempre advogados, com o intuito da tentativa de conciliações extrajudiciais, sem capacidade postulatória em ações judiciais individuais o que por si só esvazia seus intentos elevados mais coercitivos.

Por outro lado, defendemos ainda que a qualidade deste profissional deve estar assegurada por concurso público para que haja um rigoroso controle da aptidão de advogados para o desempenho deste verdadeiro *múnus público*. A menção a advogados *oficiosos*, como consta das normas internacionais europeias, permite que profissionais da iniciativa privada sejam nomeados para desempenhar essas funções com caráter voluntário e com baixa remuneração ou para cumprir exigências públicas de repartição de ônus sociais específicos.

Na medida em que o direito de acesso à justiça é reconhecido como um direito civil e político, alçado à categoria de direito humano já que dignifica a existência da pessoa humana na sociedade para conquista dos bens jurídicos almejados, a solução estrutural para sua implementação pelos Estados não deve ser restrita a um sistema caritativo, mal remunerado e à luz da gestão profissional da Ordem dos Advogados. Ao revés, devem ser exigidas do Estado prestações positivas no sentido da implementação de órgãos públicos de defesa técnica qualificados para o desempenho exclusivo, efetivo e específico deste *mister*.

O direito humano de acesso à Justiça constitui direito indispensável que compõe o mínimo existencial do indivíduo, é direito instrumental através do qual a parcela da população excluída de outros direitos humanos materiais pode reivindicá-los perante o Poder Judiciário, exigindo-se prestações positivas do Estado para o respectivo implemento.

Na América Latina, experiências como a do Brasil, Argentina, Paraguai, Venezuela, Uruguai e demais países do Mercosul têm apresentado um avanço na medida em que houve a criação da carreira do Defensor Público. Certo é que o estado de pobreza experimentado pela América Latina se difere da Europa,

contudo, os dados têm revelado que há uma crescente busca pelos serviços de prestação jurídica gratuita, sobretudo diante da própria crise atual europeia, o que por si só faz cair por terra qualquer tese contra a existência desta Instituição Pública responsável pela assistência jurídica aos cidadãos carentes de recursos.

Índices de desigualdade social devem informar a quantidade de membros da carreira da Defensoria Pública, mas não devem ser determinantes para a existência ou não da Instituição. Cidadãos sem recursos para custearem seus direitos existirão nas sociedades em maior ou menor número, o que não elide a necessidade de se pensar formas de atendê-los quando necessitem de acesso à Justiça.

A título ilustrativo, a Organização dos Estados Americanos (OEA)<sup>16</sup> abordou expressamente o tema do direito humano de acesso à Justiça, verdadeiro incentivo oficial aos Estados membros da OEA a criarem Defensorias Públicas, com autonomia e independência funcional, diante do relevo de ascensão social dos países americanos que implantaram-na.

O parâmetro traçado pela América Latina tem testemunhado um avanço no acesso à Justiça da população carente de recursos e informação, um avanço

---

16 “RESUELVE:1. Afirmar que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados. 2. Apoyar el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Públicos Oficiales de los Estados del Hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia. 3. Afirmar la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita prestada por los Defensores Públicos Oficiales para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad. 4. Reiterar a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que dopten acciones tendientes a que los defensores públicos oficiales gocen de independencia y autonomía funcional. 5. Alentar a los Estados que aún no cuenten con la institución de la defensa pública, que consideren la posibilidad de crearla en el marco de sus ordenamientos jurídicos.” Resolução 2714 da 42ª Assembleia Geral realizada de 03 a 05 de junho de 2012 na Bolívia. Fonte: <http://www.defensoria.df.gov.br/sites/300/380/00001266.pdf>. Acesso em: 12/06/2012 (grifo nosso)

não só quantitativo como também qualitativo de defesa técnica. Portanto, cada vez mais o cumprimento do direito de acesso à Justiça, via Defensoria Pública, tem sido responsável pela redução dos padrões de pobreza experimentados pela população já que a promoção de assistência jurídica integral e gratuita, judicial ou não, tem proporcionado o aumento do acesso da população aos direitos humanos básicos relacionados ao mínimo existencial.

De fato, o acesso à Justiça através do serviço público especializado prestado pela Defensoria Pública tem permitido acesso a outros serviços públicos (saúde, educação, habitação, etc) responsáveis pela consecução do mínimo existencial em prol do princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com o III Diagnóstico da Defensoria Pública do Brasil<sup>17</sup> de 2009 restou consignado que nos Estados Federados onde o IDH é mais baixo, mais de um terço da circunscrição jurisdicional é atendida pela Defensoria Pública, ou seja, é muito significativo o papel desempenhado pela Defensoria Pública como garantidora do acesso à Justiça e, por conseguinte, como instituição promotora de direitos humanos.

Desta feita, os poderes públicos e, sobretudo o Poder Judiciário, têm sido instados a manifestarem-se acerca dos desrespeitos aos direitos humanos, relacionados ao mínimo existencial de que a população carente tem sido privada, tais como ausência de escolas públicas (educação), falhas no sistema de saúde pública, habitação, entre outros. O acesso à Justiça qualificado, autônomo e independente, proporcionado pela Defensoria Pública tem causado forte impacto na persecução dos demais direitos mínimos a serem cobrados do Estado.

Desta feita, na medida em que a população de baixa renda começa a ter acesso ao mínimo existencial, tais como saúde, educação, moradia, começa a desenvolver sua capacidade de autodeterminação social, inserindo-se na sociedade de forma autossustentável, ou seja, tornando-se capaz de exercer seus direitos de

---

17 [http://www.anadep.org.br/wtk/site/IIIdiag\\_DefensoriaP.pdf](http://www.anadep.org.br/wtk/site/IIIdiag_DefensoriaP.pdf) acesso em 26/04/2012, p. 141.

liberdade plenamente.

A constante batalha travada em prol da população carente de recursos e serviços tem inclusive levado a mudanças nas posturas políticas traçadas na sociedade, já que uma Instituição atenta às escolhas públicas adotadas pode sempre lançar mão de instrumentos jurídicos eficazes, baseados em normas jurídicas para o controle estatal contundente de forma coletiva ou individual, preventiva ou repressiva.

No processo, assim como na sociedade, caberá ao Estado intervir para desigular os desiguais, capacitando-os para o jogo democrático que também se reflete no processo. Não é porque o indivíduo é pobre que não vá ter direito de defesa. Eventuais desigualdades de tratamento são legítimas e justificáveis em prol do princípio da igualdade de armas<sup>18</sup>.

A temática do acesso à Justiça há muito vem ganhando importância, dada sua relevância para a conquista de todos os outros direitos em que haja omissão ou violação por parte dos Estados ou demais particulares que possuem o dever de respeito aos mesmos. A doutrina tem sinalizado acerca das ondas renovatórias de acesso à Justiça, consoante a obra conhecida mundialmente de autoria de Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>19</sup> que data de 1978.

De acordo com a doutrina mais difundida a respeito, a primeira vaga renovatória de acesso à Justiça consiste em prover a assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes de recursos. Diz respeito à isenção de custas processuais e de honorários de advogados, retirando barreira a princípio intransponível para se quebrar a inércia da jurisdição, o que conduz à representação judicial dos pobres.

---

18 “Eventuais desigualdades de tratamento podem, no entanto, resultar plenamente legítimas, desde que haja motivo justo: réu pobre, por exemplo, tem direito à assistência jurídica gratuita (art.5º, LXXIV, da CF)”. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro, Coordenação Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p.209.

19 CAPPELLETTI e BRYANT, 1988.

A segunda vaga renovatória de acesso à Justiça pretende promover mecanismos processuais de defesa metaindividual ou coletiva. Busca-se afastar a característica eminentemente individualista do processo, que tutela o interesse de uma só pessoa, passando-se a dar maior ênfase à coletividade. Isso faz com que se dê maior efetividade ao processo, pois tutelam-se vários interesses com uma só demanda ou mesmo o interesse de todos os seres no que toca aos direitos difusos. É nesse contexto que são criados instrumentos para proteção do meio ambiente, consumidor, ação civil pública e demais ações coletivas.

A terceira vaga renovatória encontra fundamento na reforma processual. A efetividade na solução dos conflitos de interesses é o objetivo do Estado Democrático de Direito. O processo judicial não é um fim em si mesmo mas apenas um meio de se alcançar o bem jurídico almejado. Assim, a sobrecarga existente sobre o Poder Judiciário, gera a necessidade da busca por mecanismos alternativos de solução de conflitos de interesses para qualificá-los no âmbito do acesso à Justiça. Por esta vertente, mais moderna, os Tribunais Arbitrais, as conciliações extrajudiciais no seio das renúncias ou transações, inclusive penais, alcançam *status* de solução definitiva dos conflitos de interesses.

Ressalte-se, por oportuno, que as três vagas renovatórias de acesso à Justiça caminham para uma integração das três etapas citadas, carecendo as mesmas de uma relação de substituição sucessiva. São fenômenos sucessivos complementares e coexistentes, permanecendo cada fase com sua devida função específica importante.

Tomando-se por base a primeira vaga (onda) renovatória de acesso à Justiça, num contexto globalizado, as Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm assinalado a necessidade de se promover a representação judicial e extrajudicial da parcela da sociedade privada de recursos financeiros, à margem do conhecimento e dos meios de defesa técnica legítimos, o que a torna resignada com as lesões aos seus direitos, por conseguinte, mais vulneráveis

socialmente, preenchendo todos os requisitos dos critérios de pobreza, a merecer a atenção inclusive dos órgãos internacionais de defesa dos Direitos Humanos.

Nesta perspectiva, partindo do estudo de Capelletti, adicionado ao trabalho desenvolvido por Erhard Blakenburg, constatou-se basicamente quatro modelos jurídicos de assistência aos indivíduos de baixa renda: “sistema caritativo” (probono), “sistema *judicare*”, “*public salaried attorney*” ou “sistema misto”.

Em síntese, no sistema privado e caritativo, advogados atuam movidos pela voluntariedade e boa vontade, sem perceberem nenhuma remuneração pelo ofício. A ausência de motivação econômica denunciava a qualidade baixa dos serviços e a falta de dedicação dos profissionais ao labor. Diante dos aspectos negativos do sistema anterior, houve a substituição do chamado sistema caritativo por um sistema político e assistencial, surgindo daí a noção da advocacia pública e da advocacia convencionada (conhecido como *judicare*).

Primeiro, o “sistema *judicare*”, no qual o Estado paga honorários tabelados aos profissionais liberais escolhidos pelos necessitados ou pelos juízes, a partir de listas de candidatos voluntários inscritos na Ordem dos Advogados. No âmbito da advocacia pública, o sistema “*public salaried attorney*”, advogados são pagos pelo Estado, englobando a criação de *Neighborhood Law Offices* encarregados de zelar pelos interesses das classes mais vulneráveis. Este último proporcionava ainda a informação e consultoria jurídica. Já o sistema misto pretendeu a combinação de um ou dois dos outros sistemas conjunta e complementarmente.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, restou clara a adoção do “*public salaried attorney*”, optando pelo sistema da advocacia pública, mas com dedicação exclusiva à função pública de assistência jurídica gratuita. A Constituição Federal Brasileira ainda fez mais uma opção, incumbindo expressamente à Defensoria Pública a prestação desta assistência jurídica integral, que comporta a informação e consultoria jurídica, além da representação

judicial.

Contudo, apesar do mandamento Constitucional previsto no art. 134<sup>20</sup> foi necessária uma ação judicial objetiva para que o Supremo Tribunal Federal brasileiro obrigasse o Estado de Santa Catarina a criar sua Defensoria Pública Estadual nos moldes comandados pela Constituição da República<sup>21</sup>.

O Poder Constituinte Brasileiro fez a opção pela Defensoria Pública para cumprir seu mister de proporcionar o acesso à Justiça aos pobres; o Governo do Timor Leste aproveitando paradigma profícuo brasileiro em razão de cooperação

---

20 “Art. 134 - 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. (BRASIL, 1988)

§ 1º - 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. (BRASIL, 1988)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.” (CFB/88) Fonte: [http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cf133a135.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf133a135.htm)

21 “Ementa: Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994).”(ADI 4270, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012)

técnica entre os países também optou e organizou a Defensoria Pública Timorense em vias de consolidação e fortalecimento. Ressalte-se, por oportuno, que a cooperação entre os dois países tem proporcionado intercâmbio de experiência e contribuído para a consolidação da democracia em Timor Leste, também através da criação de uma Defensoria Pública alhures, nos moldes defendidos por este estudo.

Um artigo português publicado na Revista Crítica de Ciências Sociais, de autoria de João Trincosa, Catarina Trincão e João Paulo Dias<sup>22</sup> através de uma investigação e reflexão sobre o já citado “Relatório do Observatório Permanente de Justiça” chegou à conclusão da necessidade de se empreenderem reformas para que Portugal consiga alcançar o efetivo acesso à Justiça.

A investigação é aqui utilizada para embasar a fragilidade das prestações positivas até agora empreendidas pelos países europeus, inclusive Portugal, na concretização do direito humano de acesso à Justiça. Evidencia-se, portanto, uma necessidade de reformas no sistema em vigor de produção de acesso à justiça na Europa. Reforma essa que sugere a criação de uma Instituição de apoio ao Judiciário, com respeito à independência dos advogados enquanto profissionais liberais<sup>23</sup>.

Interessante observar que a descrição conclusiva da investigação de vários estudos europeus nos remete justamente à necessidade de existência justamente

---

22 PEDROSO; TRINCÃO; DIAS, 2003, p. 104.

23 “... o novo sistema de acesso ao direito e à justiça deverá ter, por um lado, um novo figurino institucional e jurídico que integre todas as respostas existentes e a criar, no âmbito da informação, da consulta e do patrocínio jurídico e ainda de entidades não judiciais que previnam ou que resolvam litígios. Por outro lado, o novo sistema deve ser construído de modo a que, no respeito pela independência da profissão dos advogados, se conceda às funções do regime de apoio judiciário alguma continuidade temporal, de modo a que possam desempenhar essas funções com a devida formação, qualidade, adequadamente remuneradas e sujeitas a um controlo externo, por uma entidade à qual sejam atribuídas essas competências...” PEDROSO; TRINCÃO; DIAS, 2003, p. 104.

da Defensoria Pública. Diante das experiências dos países da América Latina e África que já implementaram órgão de defesa técnica público nos moldes explanados acima, cremos que o cumprimento do direito humano de acesso à Justiça somente se efetiva com a criação desta instituição destinada a esse fim.

Trata-se de serviço público técnico qualificado destinado a promover o acesso à Justiça em coexistência harmônica com os profissionais liberais da iniciativa privada (advogados). Nos moldes da coexistência pacífica de colégios privados e colégios públicos (educação), hospitais privados e hospitais públicos (saúde). Por outro lado, nada impede que os profissionais liberais ofereçam serviços a preços mais baratos e concorram para a clientela da população menos favorecida de acordo com a autonomia da vontade dos profissionais e dos defendidos.

Por fim, as Ordens de Advogados nos países que instituíram a Defensoria Pública culminam em admitir que esta Instituição, essencial ao exercício da atividade jurisdicional, cumpre dever público, liberando os advogados privados de ônus caritativo. Ademais, nos modelos que contam com advogados privados para o desempenho da atividade, a mesma acaba sendo desempenhada por advogados recém-formados ou sem clientela expressiva, o que diminui a razoabilidade da iniciativa privada, voluntária e caritativa.

Diante destas argumentações jurídicas, verifica-se que além do acesso à Justiça ser um direito humano, instrumental dentre os direitos civis e políticos, relacionado ao devido processo legal justo, defendemos que sua efetivação somente se atende com a criação de Defensorias Públicas, com autonomia<sup>24</sup> e in-

---

24 Vide EC 45 de 2004 que conferiu autonomia às Defensorias Públicas dos Estados Federados. Veja também a recente PEC 207 de 2012 que foi aprovada em dois turnos na Câmara dos Deputados ampliando a autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública Federal e do Distrito Federal, pendente apenas de promulgação da Emenda Constitucional respectiva. Fonte: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1110722&filena me=Tramitacao-PEC+207/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1110722&filena me=Tramitacao-PEC+207/2012).

dependência, similares e ao lado das experimentadas pelo Ministério Público e da Magistratura, de modo a se consolidar como fundamental para o Estado Democrático de Direito.

Um Estado Democrático de Direito que pretenda dar efetividade ao direito humano de acesso à Justiça deve preocupar-se em organizar uma Defensoria Pública para que haja informação e capacidade de ação da população vulnerável, quanto a seus direitos individuais ou coletivos violados. A ciência do Direito, assim como seus mecanismos judiciais de proteção de direitos, deve sempre dispor de formas de acesso àqueles que não tenham condições de custear seus direitos.

O pensamento contrário torna a população sem recursos econômicos re-fém da classe de advogados, o que culmina na maioria das vezes na simples resignação pelas lesões aos seus direitos e na falta de participação política desta parcela da população, destruindo paulatinamente os ideais democráticos. Afinal, não se perfaz legítima a concepção de uma sociedade na qual somente os ricos e abastados tenham capacidade de pleitearem a proteção de seus direitos, relegando aos mais pobres a aceitação pelas mais duras privações de acesso aos direitos.

#### 4. CONCLUSÕES

A falta de recursos econômicos consiste numa das formas de se caracterizar pobreza, devendo a definição levar em conta conjuntamente aspectos sociais e culturais. Indicadores sociais são fundamentais para o enquadramento dos indivíduos na margem da vulnerabilidade e, portanto, de pobreza, seja em razão dos parâmetros culturais de bem-estar social, seja em função do nível de privação de direitos humanos.

A privação de direitos humanos tais como alimentação, saúde, educação e moradia leva a parcela da população excluída destes direitos básicos e que compreendem um mínimo para que se tenha uma vida digna, a experimentar uma

situação de incapacidade de autodeterminação social.

Desta forma, apresentam-se em desvantagem no jogo democrático, com participação política na sociedade civil apenas formal. São incapazes de influenciarem os destinos políticos de forma eficiente a reverter o quadro a seu favor. Uma saída para a redução dos níveis de pobreza e exclusão social passa justamente pelo empoderamento destas camadas sociais vulneráveis, promovendo-se um verdadeiro trabalho de redistribuição de renda e prestação de serviços públicos para aqueles que não possuem condições de comprá-los no mercado social.

Dentre os direitos humanos que sofrem privações em razão dos níveis de pobreza verificados na sociedade, um está diretamente relacionado à questão da falta de recursos financeiros e informação, parâmetros que restringem o acesso à Justiça. No Estado Democrático de Direito onde o Estado possui o monopólio da força e a jurisdição é inafastável, o acesso à Justiça constitui direito humano da maior valia, justamente porque dele depende o pleito de todos os outros direitos violados, razão pela qual se diz ser um direito humano instrumental<sup>25</sup>.

Nesta toada, o efetivo acesso à Justiça importa conhecimento dos direitos e capacidade de reação à sua violação. Portanto, informação e ação jurídica são indispensáveis para que haja o implemento do acesso à Justiça. Várias Constituições nacionais já normatizaram o acesso à justiça como verdadeira garantia individual. Não obstante, forte é a influência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos sensíveis à importância do devido processo legal no Estado Democrático de Direito, capazes de irradiar esses valores morais à altura de servir como paradigma para muitos sistemas jurídicos nacionais, que ainda não possuem efetiva normatização e atenção aos menos favorecidos, priorizando a busca do processo justo.

Fato é que a população menos favorecida não pode restar excluída do

---

25 BARCELOS, 2008, p.325.

acesso à Justiça ou comparecer ao processo em desigualdade com sua parte adversa. Cabe ao Estado promover a igualdade material na sociedade e no processo, buscando desigular os desiguais. Tirana é a sociedade que se contenta com a resignação de lesão de direitos dos pobres, sem preocupar-se com as vias de acesso à Justiça dos vulneráveis.

A criação da Defensoria Pública é, portanto, um efeito positivo deste direito civil e político de acesso à justiça. Em decorrência, os Estados têm a obrigação de prover prestações efetivas para implementação do órgão. Ressalte-se, ainda, no Brasil o papel importante do controle de constitucionalidade operante no país que culminou com a condenação pelo Supremo Tribunal Federal de um Estado membro da Federação a criar a carreira da Defensoria Pública Estadual e estruturar esta função imprescindível à atividade jurisdicional do Estado<sup>26</sup>, obedecendo vontade permanente do Poder Constituinte Originário, eventualmente maculada frente opções políticas majoritárias circunstanciais.

## REFERÊNCIAS

III Diagnóstico da Defensoria Pública do Brasil. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/reposi->

---

26 Inteiro teor do acórdão da ADI 4270 cuja fundamentação da Suprema Corte do país serve de embasamento acerca de todo o artigo pode ser consultado no site do STF ou diretamente: Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2822197> (BRASIL, 2012).

torio/0/III%20Diagn%C3%B3stico%20Defensoria%20P%C3%ABlica%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2012.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 4 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.270 Santa Catarina**. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2822197>>. Acesso em: 4 set. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 209.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Modesto Carone. Rio de Janeiro: O Globo, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes**. [S.l. : s.n.], 2005.

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

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral, 1966. Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos. In: GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO

COMPARADO. **Direitos humanos:** instrumentos e textos universais. Entrada em vigor na ordem internacional: 23 de Março de 1976. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>. Acesso em: 25 abr. 2012.

OFFICE OF HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Human rights and poverty reduction:** A conceptual framework. New York: United Nations, 2004.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. E a justiça aqui tão perto?: As transformações no acesso ao direito e à justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, 65, p. 77-106, maio 2003.

REIF, Linda C. Building democratic institutions: The role of National Human Rights Institutions in good governance and human rights protection. **Harvard Human Rights Journal**, [S.l.], v. 13, p. 1-69, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O acesso ao direito e à justiça:** um direito fundamental em questão. Coimbra : Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2002.

\_\_\_\_\_. O acesso à justiça. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org.). **Justiça:** promessa e realidade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1996.

SEN, Amartya. **Inequality re-examined.** Cambridge: Harvard University Press, 1992.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

# UNIVERSALISMO E RESPEITO ÀS DECISÕES LOCAIS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE CASOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS ENVOLVENDO DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

*Thiago Dias Oliva*

*(Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo e mestrando da área de concentração em Direitos Humanos, também junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Sua atual linha de pesquisa tem o apoio da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo)*

*Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi*

*(Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria e mestranda da área de concentração em Direitos Humanos, junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Defensora Pública Federal, em São Paulo)*

## RESUMO

Após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a proteção internacional dos direitos humanos tem se expandido, na mesma proporção em que se fala na força expansiva dos direitos humanos, para todas as searas da regulação jurídica. É nesse contexto que o debate entre relativismo, universalismo e multiculturalismo ganha relevância. Tendo isso em mente, o objetivo do presente estudo é, mediante a análise de dois casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) envolvendo questões culturalmente sensíveis – direitos sexuais e reprodutivos – avaliar os valores em conflito e a posição adotada pela Corte em suas decisões. A partir dessa avaliação, as seguintes perguntas serão respondidas: (i) cabe a um tribunal internacional arbitrar conflitos de valores que ocorrem nas sociedades locais? (ii) a reticência em tomar um partido é inerente ao caráter internacional do Direito Internacional dos Direitos Huma-

nos? No âmbito da Defensoria Pública – uma instituição que se propõe a defender, do modo mais amplo possível, os direitos da pessoa humana –, o presente estudo revela-se interessante na medida em que seus membros devem conhecer decisões internacionais envolvendo questões culturalmente sensíveis.

**Palavras-chaves:** Direitos humanos. Direitos sexuais e reprodutivos. Universalismo e relativismo cultural. Margem de apreciação nacional. Discriminação.

## ABSTRACT

After the proclamation of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, the international protection of human rights has expanded, in the same proportion of the expansive force of human rights, within all fields of legal regulation. In this context, the debate between relativism, universalism and multiculturalism becomes relevant. With this in mind, the objective of this study is, by analyzing two cases judged by the European Court of Human Rights (ECHR) involving culturally sensitive issues - sexual and reproductive rights -, to assess conflicting values and the position adopted by the Court in its decisions. By means of this evaluation, the following questions will be answered: (i) it is up to an international tribunal to arbitrate conflicts of values that occur within local societies? (ii) the reluctance to take sides is inherent to the international character of the International Law of Human Rights? Regarding the role of the Public Defender, the present study reveals itself interesting in the way that members of the institution become aware of culturally sensitive international decisions and find out how to work with their arguments in an institution that protects, primarily, the human rights of the person, as widely as possible.

**Keywords:** *Human rights. Sexual and reproductive rights. Universalism and cultural relativism. Margin of appreciation. Discrimination.*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. CASO CHRISTINE GOODWIN VS. UK 2.1 Fatos e pedido 2.2. Contexto do julgamento 2.3. Julgamento 3. CASO EVANS VS. UK 3.1. Fatos e pedido 3.2. Contexto do julgamento 3.3. Julgamento 3.4 Breves considerações sobre a opinião divergente conjunta 4. CONCLUSÃO 5. BIBLIOGRAFIA.

### 1. INTRODUÇÃO

Desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, tem-se observado, no plano internacional, a formação de um sistema de proteção aos direitos humanos por meio da assinatura de diversos tratados e convenções. O sistema em questão envolve a criação de órgãos internacionais judiciais ou quase-judiciais que impõem a reparação a violações de direitos humanos perpetradas por Estados e indivíduos. Todos os diplomas internacionais que estruturam o sistema de proteção à pessoa humana partem do pressuposto de que os direitos humanos constituem um núcleo de direitos essenciais à vida com dignidade, direitos esses que são comuns a todos os povos e culturas do mundo, daí o seu caráter universal.

No entanto, paralelamente à estruturação do sistema internacional de proteção à pessoa humana, surgem teorias as quais questionam a real universalidade dos direitos humanos, ressaltando a sua natureza ocidental. Os chamados “relativistas” defendem que esses direitos constituem a forma mais recente de ingerência do mundo ocidental em outras regiões do planeta, colocando em risco a diversidade cultural.

Tendo em vista esse contexto, o objetivo do presente estudo é, mediante a análise de dois casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) envolvendo questões culturalmente sensíveis – direitos sexuais e reprodutivos –

avaliar os valores em conflito e a posição adotada pela Corte em suas decisões. A partir dessa avaliação, as seguintes perguntas serão respondidas: (i) cabe a um tribunal internacional arbitrar conflitos de valores que ocorrem nas sociedades locais? (ii) a reticência em tomar um partido é inerente ao caráter internacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos?

## 2. CASO CHRISTINE GOODWIN VS. UK

### 2.1. Fatos e pedido

Christine Goodwin nasceu em 1937 com o sexo masculino, porém desde a infância sempre identificou-se com o gênero feminino, sendo diagnosticada como transexual<sup>1</sup> em 1969. A partir desse diagnóstico, iniciou o processo de afirmação da sua identidade feminina. Em 1984, passou a vestir-se como mulher fora do ambiente de trabalho e iniciou tratamento hormonal para desenvolver os caracteres secundários do sexo feminino.

Três anos depois foi colocada na lista de espera para a realização da cirurgia de transgenitalização, que se deu em 1990. Mesmo depois do longo procedimento junto ao sistema público de saúde do Reino Unido que culminou com a cirurgia, alegava não ser reconhecida, legalmente, como mulher.

Depois de realizar o procedimento cirúrgico, Christine afirmou ter sido assediada sexualmente por colegas de trabalho. Contudo, não pôde processá-los penalmente por estupro, porque ainda era considerada, legalmente, um homem<sup>2</sup>.

---

1 Os transexuais são indivíduos que se identificam com o gênero oposto àquele do nascimento. Essa identificação está relacionada ao “senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, a modificação da aparência ou função corporal por meio médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”. Cf. THE YOGYAKARTA PRINCIPLES, 2007

2 Ao tempo do acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, já havia jurisprudência

Além disso, Christine foi demitida sob o pretexto de que sua saúde era “frágil”. Entretanto, afirmou que o real motivo para sua demissão era a sua identidade transexual. Temendo sofrer preconceito na busca por novos empregos, Christine solicitou, junto ao Departamento de Seguridade Social, um novo número de inscrição nacional. Solicitou, também, a elegibilidade para a aposentadoria aos 60 anos – idade de aposentadoria da mulher no Reino Unido – e não aos 65 anos – idade de aposentadoria do homem. No entanto, Christine teve ambos os pedidos negados.

Outro problema mencionado por Christine, era a impossibilidade de emissão de uma nova certidão de nascimento. Essa situação, por si só, resultava na ausência de reconhecimento legal de seu gênero feminino, muito embora outros documentos pudessem ser emitidos com seu novo nome, como a carteira de motorista.

Em diversos momentos, Christine teve de escolher entre mostrar a sua certidão de nascimento – revelando, assim o seu nome e gênero ao nascer – ou desistir de obter empréstimo para adquirir seguro de vida, realizar hipoteca ou mesmo beneficiar-se com prêmios de seguro de automóvel mais baratos para mulheres. Ademais, Christine informou que, apesar de ter um relacionamento pleno com um indivíduo do sexo masculino, encontrava-se impedida de casar-se com ele.

Em síntese, muito embora sejam visíveis as mudanças sociais que assinalam a crescente aceitação da transexualidade – tanto no Reino Unido, quanto no

---

(R vs. Matthews, julgamento de 28 de outubro de 1996, da Corte da Coroa em Reading) no sentido de que o estupro poderia ser praticado por meio da inserção do pênis na vagina artificialmente construída de um transexual. Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2002, p. 11. No entanto, além de o julgado ser posterior aos fatos narrados por Christine e restringir-se ao entendimento de apenas uma das Cortes Criminais do Reino Unido, o pleito de Christine fundou-se em uma ação proposta junto a uma Corte de competência trabalhista. *Ibid.*, p. 4.

continente europeu e mesmo na comunidade internacional – Christine alegava a inexistência de um efetivo reconhecimento legal de seu gênero feminino<sup>3</sup>. Essa falta de reconhecimento teve como resultado, para Christine e para todos os outros transexuais do Reino Unido, uma série de constrangimentos, limitações e prejuízos financeiros.

Tendo em vista a sua situação, Christine pleiteou junto aos órgãos do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, a declaração de violação, por parte do Reino Unido: (i) dos arts. 8<sup>o</sup> e 14<sup>o</sup> da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, já que o país não reconhecia o seu *status* civil de mulher; (ii) a declaração da violação do art. 13<sup>o</sup> da Convenção, por não possuir recurso judicial

---

3 Em geral, é preferível adotar o termo “gênero”, em virtude de sua dimensão social, ao invés de “sexo”, de caráter usualmente biológico, correspondendo à carga genética e à sua externalização física. Cf. LOHRENSCHEIT, Claudia; THIEMANN, Anne. Sexuelle Selbstbestimmungsrechte – Zur Entwicklung menschenrechtlicher Normen für Lesben, Schwule, Transsexuelle und Intersexuelle. In: LOHRENSCHEIT, Claudia. Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht, 1<sup>a</sup>ed., Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 15-40.

4 “Art. 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”. Cf. CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Roma, 1950, disponível em: < [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf)>. Acesso em 22 nov 2012.

5 “Art. 14 - Proibição de discriminação: O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”. Cf. Ibid.

6 “Art. 13 - Direito a um recurso efetivo: Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no

efetivo para solucionar as violações aos arts. 8º e 14; e (iii) a declaração da violação do art. 12<sup>7</sup> da Convenção supramencionada, já que não podia se casar com um homem em decorrência da ausência de reconhecimento legal de seu gênero feminino.

## 2.2. Contexto do julgamento

A demanda formulada por Christine, em 5 de junho de 1995, foi considerada admissível pela Comissão Europeia de Direitos Humanos em 1º de dezembro de 1997<sup>8</sup>, sendo remetida à Terceira Seção da CEDH. Em 11 de setembro de 2001, o caso foi analisado pela Terceira Seção que acabou por remetê-lo ao Tribunal Pleno, nos termos do art. 30 da Convenção<sup>9</sup>. O Tribunal, por sua vez, julgou o caso em 11 de julho de 2002.

Apesar de autoridades inglesas terem apresentado, em 2002, documento

---

exercício das suas funções oficiais”.

7 “Art. 12 - Direito ao casamento: A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”. Cf. *Ibid.*

8 À época da demanda, a Comissão Europeia ainda existia, intermediando o acesso de indivíduos à CEDH. Com a entrada em vigor do Protocolo 11 à Convenção, em 1º de novembro de 1998, a Comissão foi extinta, tendo o indivíduo, acesso direto à Corte. Cf. CARVALHO RAMOS, André. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 123; COUNCIL OF EUROPE. Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Estrasburgo, 1994, disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/155.htm>. Acesso em 22 nov 2012.

9 “Art. 30. Devolução da decisão a favor do tribunal pleno: Se um assunto pendente numa secção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a secção pode, antes de proferir a sua sentença, devolver a decisão do litígio ao tribunal pleno, salvo se qualquer das partes do mesmo a tal se opuser”. Cf. CONSELHO DA EUROPA, *op. cit.*

com propostas de reforma do sistema de registro de nascimento para acomodar, dentre outras coisas, a mudança de gênero, a certidão de nascimento permanecia inalterável – com exceção dos casos de erro no registro inicial, não aplicáveis aos transexuais. O critério para o registro do gênero na referida certidão continuava a ser, no momento do julgamento, o sexo biológico (cromossômico, gonadal e genital) ao nascimento.

É justamente em virtude desse critério, fixado em 1971 no caso *Corbett v. Corbett*<sup>10</sup> - e do fato de o casamento, à época do julgamento, ser possível apenas entre um homem e uma mulher - que os transexuais, mesmo após a cirurgia de transgenitalização, não podiam contrair matrimônio com um indivíduo do gênero oposto ao seu gênero adquirido. Esse critério foi confirmado, inclusive, no caso *Bellinger v. Bellinger*<sup>11</sup>, de 2001, que resultou na anulação do casamento de

---

10 Atualmente, o critério fixado pelo caso *Corbett v. Corbett* resta superado pelo *Gender Recognition Act 2004*, que concede aos transexuais o pleno reconhecimento legal do gênero adquirido, permitindo, inclusive, a modificação de sua certidão de nascimento e, com isso, o casamento com indivíduo do gênero oposto ao gênero adquirido. A referida lei foi tida por muitos como um marco de mudança na forma como o direito aborda a transexualidade no Reino Unido: de um critério puramente biológico para determinar o gênero, passou-se a um critério psicossocial – tendo em vista que a cirurgia de transgenitalização sequer é requisito para a alteração do registro de nascimento. Há, assim, preponderância do “gênero” em detrimento do “sexo”. Em que pese essa a evolução, há quem enxergue nesse ato normativo, uma reafirmação do sistema binário “homem-mulher” e a manutenção do sexo biológico como critério de diferenciação. Cf. SHARPE, Andrew N. *Endless Sex: The Gender Recognition Act 2004 and the Persistence of a Legal Category*. In *Feminist Legal Studies*, Vol. 15, 1ª ed. (abril), Kluwer Academic Publishers, 2007, p. 57-84.

11 Ainda que a decisão tenha anulado o casamento do transexual, houve importante voto dissidente reconhecendo a necessidade de se atentar às mudanças sociais, o que levaria a uma alteração nos critérios de determinação do gênero, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de escolha do indivíduo no âmbito de sua vida privada. Houve também, o reconhecimento de que a manutenção da situação profundamente insatisfatória dos transexuais no Reino Unido poderia ensejar novo processo junto à CEDH. Cf. SUPREME COURT OF JUDICATURE COURT OF APPEAL. *Bellinger v. Bellinger*, 2001, disponível em: <[http://www.pfc.org.uk/caselaw/Bellinger%20v%20Bellinger%20\\_Appeal\\_.pdf](http://www.pfc.org.uk/caselaw/Bellinger%20v%20Bellinger%20_Appeal_.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2012.

um homem com um transexual do gênero masculino para o feminino.

Para questões relativas à seguridade social, às relações de emprego e à aposentadoria, o sexo do nascimento continuava sendo determinante à época do julgamento. O transexual não podia obter novo número de inscrição nacional da seguridade social, tendo a faculdade apenas de alterar seus dados presentes sem, contudo, modificar seu histórico. Houve, em 1993, decisão da Corte de Apelação no sentido de que a concessão de um novo número de identificação da seguridade social “não teria efeito prático algum”<sup>12</sup>. Para que o empregador não inferisse a transexualidade de seu empregado – tendo em vista a idade diferenciada para a aposentadoria entre homens e mulheres –, o Departamento de Seguridade Social desenvolveu um procedimento específico para transexuais masculinos para feminino. Nesses casos, o transexual pagava diretamente a contribuição para a seguridade social entre 60 e os 65 anos. Ademais, não tinham direito a apenas 39 anos de contribuição – padrão da mulher aplicável apenas a indivíduos biologicamente considerados como tal –, devendo pagá-la por 44 anos.

Além do prejuízo evidente aos transexuais no que concerne à aposentadoria, havia riscos no âmbito das relações de trabalho, já que a não-revelação do antigo nome do transexual para o empregador podia configurar ofensa penal<sup>13</sup>,

12 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Christine Goodwin v. UK, op. cit., p. 8.

13 Seção 16(2)c do Theft Act de 1968 – “(1) A person who by any deception dishonestly obtains for himself or another any pecuniary advantage shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding five years. (2) The cases in which a pecuniary advantage within the meaning of this section is to be regarded as obtained for a person are cases where- (c) he is given the opportunity to earn remuneration or greater remuneration in an office or employment, or to win money by betting”. Esse dispositivo foi revogado pelo Fraud Act de 2006, que, no entanto, traz seção similar: “Sec. 3. Fraud by failing to disclose information. A person is in breach of this section if he— (a)dishonestly fails to disclose to another person information which he is under a legal duty to disclose, and (b)intends, by failing to disclose the information— (i) to make a gain for himself or another”.

cumulada com demissão e/ou indenização em benefício do empregador<sup>14</sup>.

Em face das evidentes violações de direitos dos transexuais e das críticas decorrentes dessas violações<sup>15</sup>, em 1999 o Secretário de Estado para os Assuntos Internos determinou a criação de um grupo de trabalho para identificar as demandas de transexuais e propor mudanças.

### 2.3. Julgamento

Christine sustentou, junto à CEDH, que, em síntese, a impossibilidade de processar seus colegas de trabalho por estupro, de receber um novo número de identificação da seguridade social e de casar-se com um homem, além da desconsideração do seu gênero adquirido para fins de aposentadoria e todos os demais fatos por ela narrados, violam os arts. 8º, 12, 13 e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O Reino Unido, por outro lado, alegou que não havia, à época do julgamento, acordo entre os Estados-membros a respeito do trato com a transexualidade, de modo que a questão deve ser deixada para a margem de apreciação nacional – a exemplo do que decidiu a CEDH no caso *Cossey*.

---

14 Além disso, a CEDH já declarou, em precedente de 1996, que discriminações relacionadas à cirurgia de transgenitalização constituem discriminação de gênero, com base no art. 5º, §1º da Diretiva 76/207/EEC (7 de fevereiro de 1976) da Comunidade Europeia sobre implementação do princípio do tratamento igualitário entre homens e mulheres no que tange às relações de trabalho (*P. v. S. and Cornwall County Council*). Os tribunais ingleses passaram a aderir a esse precedente.

15 Essas críticas têm origem, em parte, em casos anteriores levados por transexuais à CEDH, como no precedente *Cossey vs. Reino Unido*. Ainda que, na ocasião, a Corte tenha entendido que a modificação do gênero na certidão de nascimento é questão afeta à margem de apreciação dos Estados, o grande número de votos divergentes e a visibilidade do caso instigaram mudanças. Cf. CARVALHO RAMOS, André. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. op. cit., pp. 113-114.

(i) Violação ao art. 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar

Em síntese, a CEDH avaliou se o Reino Unido descumpriu sua obrigação de respeitar a vida privada de Goodwin em virtude da falta de reconhecimento legal do seu novo gênero. Em sua análise, a Corte afirmou que a noção de “respeito” é muito vaga, dando ampla margem para interpretação e práticas diversas nos Estados-membros do Conselho da Europa. Assim, é um dispositivo da Convenção a que se deve dar maior margem de apreciação em comparação com outros dispositivos.

Em casos anteriores, a CEDH entendeu que o Estado não tem a obrigação positiva de alterar o registro de nascimento, criar um novo tipo de registro para assinalar o novo gênero ou mesmo impedir que terceiros tenham acesso a essas informações de registro. Contudo, ao julgar o caso Goodwin, a CEDH destacou a importância de uma interpretação evolutiva da Convenção, com base nas mudanças observadas no Reino Unido e nos demais Estados-membros.

Levando em conta essa interpretação evolutiva, a Corte considerou que o descompasso entre o gênero social e o gênero reconhecido pela lei colocava o transexual em uma posição anômala. Essa situação poderia provocar, nos transexuais, sentimentos de vulnerabilidade, humilhação e ansiedade, o que deve ser interpretado como uma violação à privacidade. A CEDH passou, então, a rebater os argumentos do Reino Unido:

**(a) Considerações médicas:** face aos percalços necessários no processo de redesignação sexual, não há como dizer que a decisão de se submeter a ele é arbitrária ou caprichosa para obter benefícios de qualquer ordem. Além disso, com toda a tecnologia atual em matéria de cirurgias e tratamentos hormonais, o único fator relevante na determinação do sexo biológico que não pode ser modificado é o sexo cromossômico, o que, no entanto, não era suficiente, no entender da Corte, para sustentar o não-reconhecimento legal da redesignação de gênero.

**(b) Estado do consenso na Europa e no plano internacional:** a Corte assinala uma tendência de reconhecimento dos direitos dos transexuais – inclusive de reconhecimento legal da redesignação sexual e direito ao casamento – em países europeus e em outras partes do mundo. Ainda que não houvesse um consenso europeu sobre o assunto, entendeu ser mais relevante observar essa tendência de aceitação social e reconhecimento legal dos pleitos dos transexuais.

**(c) Impacto no sistema de registro de nascimentos:** a CEDH afirmou que já eram feitas exceções para a alteração do registro de nascimento no caso de adoção, e que a ampliação dessa exceção para o registro de pessoas que se submeteram à cirurgia de transgenitalização não teria grande impacto no sistema em questão (número entre 2 e 5 mil pessoas). Ademais, não havia evidências de que essa alteração criaria complicações relevantes para terceiros interessados nas certidões originais ou mesmo para o direito de família e sucessões.

**(d) Definindo o equilíbrio:** o art. 8º da Convenção protege a autonomia pessoal, o que engloba o direito da pessoa de estabelecer os detalhes de sua identidade. O desenvolvimento pessoal de transexuais não pode ser interpretado como questão controversa: não se pode aceitar que eles vivam em uma situação intermediária entre os dois gêneros. Mesmo reconhecendo as dificuldades de adaptação do ordenamento à nova situação, a Corte entendeu serem plausíveis essas adaptações no caso de transexuais operados, como demonstrado pelo *Working Group* do governo sobre direitos dos transexuais. Na mesma linha, concluiu não haver prejuízo para os outros cidadãos no que respeita à aposentaria de Christine aos 60 anos. Destacou, ainda, que não restou provado como o pleno reconhecimento legal da redesignação sexual poderia gerar prejuízos ao interesse público.

Ao final, a Corte, superando o precedente do caso *Cossey*, considerou que a conduta do Reino Unido no caso *Goodwin* não estava no âmbito da margem de apreciação nacional. Isso porque não havia significativo interesse público na questão, em comparação com os interesses particulares envolvidos. Decidiu, assim, que houve violação ao direito à vida privada de Christine.

### **(ii) Violação ao art. 12 - Direito ao casamento**

Revedo posição anterior, a Corte considerou que, muito embora a Convenção fale expressamente em homem e mulher, não se pode inferir que o critério para determinar o gênero deve ser interpretado, no contexto atual, como sendo unicamente o biológico. E mesmo sendo unicamente biológico, não pode ser apenas cromossômico, já que hoje um transexual operado tem praticamente todos os caracteres primários e secundários do sexo oposto.

A CEDH reafirmou a necessidade de se fazer uma interpretação evolutiva da Convenção, considerando as transformações social e científica do trato com a transexualidade. Na sequência, a Corte considerou artificial o argumento de que os transexuais tem o direito de casar garantido porque podem casar com uma pessoa do gênero oposto ao seu gênero de nascimento. No caso, a solicitante desejava se casar com um homem, já que vivia como uma mulher, mas não podia fazê-lo, o que resultou na violação ao seu direito ao casamento.

Concluindo, a CEDH entendeu que a margem de apreciação dos Estados não inclui o total impedimento do casamento do transexual, mas apenas a decisão do Estado de estabelecer os critérios para a realização da operação de transgenitalização, bem como os efeitos dela na invalidade de casamentos anteriores. Houve, deste modo, violação ao direito ao casamento (art. 12).

### **(iii) Violação ao art. 14 - Proibição de discriminação**

Apesar de o referido dispositivo ter relação direta com a experiência so-

frida pela solicitante, a Corte decidiu que a violação ao art. 8º, da forma como estabelecida no julgamento, já encampou a condenação à conduta do Estado de não-proteção contra a discriminação, não sendo necessária a análise da violação ao art. 14.

Depois de reconhecer a violação aos arts. 8 e 12, a Corte não deu provimento ao pedido de Christine de indenização por danos morais e materiais, apenas condenando o Reino Unido ao pagamento de 39 mil libras a título de custas relacionadas ao processo. Afirmou que até 1998 a questão estava dentro da margem de apreciação nacional do Reino Unido, não constituindo violação à Convenção à época. Deste modo, considerou que a recomendação ao país para promover mudanças internas com a finalidade de assegurar o direito à vida privada e ao casamento dos transexuais já constituiu reparação suficiente<sup>16</sup>.

### 3. CASO EVANS VS. UK

#### 3.1. Fatos e pedido

No ano 2000, Natalie Evans e seu companheiro, Howard Johnson, decidiram ter um filho e, para tanto, ela retomou tratamento que havia iniciado, em 1995, na Clínica de Concepção Assistida de Bath. Em outubro daquele ano, durante consulta de rotina, foi diagnosticada com câncer em ambos os ovários, os quais deveriam ser removidos.

Tendo isso em vista, os médicos explicaram ao casal que seria possível extrair alguns óvulos para o tratamento de fertilização *in vitro* com o esperma do companheiro. Assim, foram advertidos que deveriam assinar um termo de consentimento para o referido tratamento, em conformidade com o *Human Fer-*

---

16 As opiniões dissidentes tratam apenas do pagamento das custas processuais, não tendo importância para a discussão do presente estudo.

*tilisation and Embriology Act.*

De acordo com a lei mencionada, seria possível retirar o consentimento por qualquer das partes até o momento da implantação dos embriões no útero.

Levando em conta tais circunstâncias, a Sra. Evans questionou a possibilidade de somente congelar seus óvulos sem fertilizá-los, oportunidade em que foi informada de que este procedimento apresentava menor probabilidade de êxito, não sendo praticado na clínica. Neste momento, Howard Johnson tranquilizou Natalie, com a promessa de que jamais iriam se separar, estando seguro de querer ser o pai de seu filho.

Sendo assim, ambos outorgaram o consentimento necessário, com a assinatura dos formulários exigidos pelo *Human Fertilisation and Embriology Act*.

Em 12 de novembro de 2001, seis embriões foram criados e Natalie submeteu-se à operação para extirpar seus ovários. Neste momento, foi informada de que teria que aguardar dois anos para proceder à implantação dos embriões no seu útero.

Em maio de 2002, o casal rompeu a relação. Em julho de 2002, Howard Johnson comunicou a separação à Clínica, declarando que os embriões deveriam ser destruídos como consequência da revogação do seu consentimento. A Clínica notificou Natalie Evans sobre o comunicado, informando que estavam sob a obrigação legal de destruir o material genético, conforme o parágrafo 8 (2) do Anexo 3 do *Human Fertilisation and Embriology Act*<sup>17</sup>.

Assim, Natalie recorreu aos tribunais ingleses, visando à declaração de seu ex-companheiro para a manutenção do seu consentimento para o armazenamento e uso dos embriões.

Em outubro de 2003, a Corte considerou que o tratamento só seria válido se consentido de maneira conjunta, julgando improcedente o pedido da deman-

---

17 Um embrião cuja criação foi feita in vitro não será mantido em depósito, salvo se existir o consentimento efetivo de cada uma das partes.

dante.

Dessa decisão, a Senhora Evans interpôs recurso à Câmara dos Lordes, o qual também restou indeferido, em decisão datada de junho de 2004<sup>18</sup>.

### 3.2. Contexto do julgamento

Ante o indeferimento das tentativas de Natalie Evans de restaurar o consentimento de seu ex-companheiro para o uso e armazenamento dos embriões, tanto no Tribunal Superior Inglês quanto no Tribunal de Apelação, Natalie Evans impugnou as sentenças locais na CEDH, com base no artigo 34<sup>19</sup> da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, mediante a alegação de que as sentenças vulneraram os artigos 2º (direito à vida), 8º (direito ao respeito da vida privada e familiar) e 14 (proibição de discriminação) da referida Convenção.

Em fevereiro de 2005, Natalie recorreu à CEDH – Requerimento 6339/2005 – contra o Reino Unido, tendo sido o caso, primeiramente, remetido à Quarta Seção da Corte, a qual, em março de 2006, declarou a admissibilidade do recurso, mas no mérito reconheceu que não havia ocorrido violação aos artigos da Convenção<sup>20</sup>.

Na sequência, em junho de 2006, a demandante solicitou a apreciação do

---

18 A decisão fundamentou-se no fato de que o Human Fertilisation and Embriology Act era claro e exigia o consentimento de ambas as partes desde o início do tratamento até a efetiva implantação do embrião.

19 Este artigo preceitua que: “O Tribunal poderá conhecer de uma demanda apresentada por qualquer pessoa física, organização não-governamental ou grupo de particulares que se considerem vítima de violação, por uma das altas partes contratantes, dos direitos reconhecidos na Convenção e seus Protocolos”.

20 Por unanimidade, declarou que não foram violados os artigos 2º e 14 da Convenção e por 5 votos a 2 que não houve violação ao artigo 8º.

caso pela Grande Câmara da Corte, com fulcro no artigo 43 da Convenção.

Em julho de 2006, o Presidente da Corte, o Juiz Christos Rozakis, ordenou que fossem tomadas as medidas necessárias para garantir que o material genético fosse conservado até a decisão final.

### 3.3. Julgamento

#### (i) Violação ao art. 2º da Convenção Europeia - Direito à vida

Quanto à alegação de vulneração do direito à vida pelas disposições do Direito Inglês que permitem o descarte de embriões, com a revogação do consentimento para o tratamento, a Corte entendeu que os embriões não teriam direito à vida, no sentido do artigo 2º da Convenção. A Corte destacou, nesse sentido, que não existia um consenso europeu para determinar, com base em definição científica e legal, quando a vida começa - as questões sobre o início da vida entram na margem de apreciação nacional.

Assim, de acordo com a lei inglesa, como o embrião não tem direito à vida, nos termos do art. 2º da Convenção, não houve vulneração deste direito.

#### (ii) Violação ao art. 8º da Convenção Europeia - Direito ao respeito à vida privada e familiar

Primeiramente, a CEDH pronunciou-se quanto à alegação de que as disposições do Anexo 3 do *Human Fertilisation and Embriology Act*, que permitem retirar o consentimento de ambas as partes, viola o direito à vida privada e familiar, conforme o estabelecido pelo artigo 8º da Convenção. A Quarta Seção sustentou que este artigo era aplicável ao caso, visto que a noção de “vida privada” implica o respeito ao direito de decidir ter – ou não – filhos.

Tal colocação ensejou o questionamento acerca da existência de uma obrigação positiva do Estado para assegurar – a uma mulher em tratamento de fer-

tilização – a implantação do embrião, apesar da revogação da autorização pelo ex-companheiro.

Nesse contexto, tendo em vista a ausência de consenso europeu a respeito da regulamentação da fertilização *in vitro*, a Corte entendeu que tal regulamentação também deveria ser enquadrada na margem de apreciação nacional.

Além disso, a norma serviria para promover a segurança jurídica e evitar problemas de arbitrariedade, sendo a intervenção do Estado legítima na defesa do interesse público, com a primazia do consentimento.

Assim, a Grande Seção aceitou as conclusões dos tribunais nacionais, no sentido de que a demandante concordou com a criação conjunta dos embriões, portanto, os direitos de Natalie Evans não deveriam prevalecer sobre os direitos de Howard Johnson.

Nesse contexto, a Grande Seção concluiu que o direito ao respeito da vida privada e familiar abarca, dentre outras coisas, a identidade social do indivíduo, a autonomia pessoal e o direito de estabelecer relações com outros seres humanos.

Cumprido, aqui, tecer alguns comentários sobre a teoria da margem de apreciação nacional. Em síntese, a Corte preceituou que uma série de fatores devem ser levados em conta para determinar a amplitude da margem de apreciação de cada Estado, nos termos dos artigos 2º e 8º.

Assim, quando não há consenso dentro dos Estados-membros do Conselho da Europa, quer quanto à importância relativa dos interesses em jogo, quer sobre os melhores meios de protegê-los, especialmente, quando o caso levanta sensíveis questões morais ou éticas, a margem será maior.

Não há abordagem uniforme europeia neste domínio. Alguns Estados promulgaram legislação primária ou secundária para controlar o uso do tratamento de fertilização *in vitro*, enquanto em outros, há mera prática médica e orientações. Logo, não se pode dizer que existe um consenso quanto ao momento em que o consentimento dos fornecedores de gametas “torna-se irrevogável”.

Portanto, uma vez que o uso do tratamento de fertilização *in vitro* dá origem a sensíveis questões morais e éticas, em um contexto de desenvolvimento científico rápido, o Tribunal considerou que a margem de apreciação nesse caso deveria ser a mais ampla possível.

**(iii) Violação ao art. 14 da Convenção - Proibição de discriminação**

Por fim, quanto à proibição de discriminação, mediante à alegação de que a demandante estaria sujeita à vontade do doador de esperma, para a Corte não houve qualquer ato discriminatório, pois a transferência do embrião criado *in vitro* seria equivalente à fertilização posterior à relação sexual.

Assim, cada Estado disporia de uma margem de apreciação para avaliar em que medida existiria tratamento diferenciado em situações similares.

Nesse contexto, o tribunal decidiu, por unanimidade, que não houve violação ao art. 2º da Convenção; por treze votos a quatro<sup>21</sup>, que não houve violação ao art. 8º da Convenção e, também por treze votos a quatro, que não houve violação ao artigo 14 da Convenção, tomadas em conjunto com o artigo 8º.

**3.4. Breves considerações sobre a opinião divergente conjunta**

Em síntese, os Juízes dissidentes votaram contra a constatação de que não houve violação dos artigos 8º e 14 da Convenção Europeia.

Sendo assim, concordaram com a reclamação da requerente de que, no presente caso, o impacto das regras de consentimento no *Human Fertilisation and Embriology Act* era tal que não haveria lugar a uma mulher em sua posição para proteger suas perspectivas futuras de ter um filho biológico.

Preceituaram que a medicina reprodutiva tem por finalidade precípua pro-

---

21 Juízes dissidentes: Riza Türmen, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Dean Spielmann e Ineta Ziemele.

porcionar uma solução possível para aqueles que de outro modo seriam inférteis. Esse propósito foi frustrado, tendo em vista que não houve abertura para exceções em circunstâncias especiais<sup>22</sup>.

Em síntese, as razões apresentadas pelos Juízes dissidentes foram as seguintes:

(i) O *Human Fertilisation and Embriology Act* não prevê a possibilidade de tomar em consideração, a condição muito especial que afeta a requerente. Pode-se concordar com a maioria que, em especial quando um problema é de natureza moral e eticamente delicado, uma regra-limite clara pode servir melhor a vários interesses em jogo, muitas vezes conflitantes. Tem sido dito que “a vantagem de uma lei clara é que ela proporciona segurança”. Mas também tem sido admitido que “a sua desvantagem é que, se for muito clara - categórica - pode oferecer segurança sem flexibilidade razoável”. Portanto, dadas as circunstâncias específicas do caso, o principal problema reside na natureza absoluta da “regra-limite clara”.

(ii) No presente caso, a abordagem da maioria abortou não apenas da requerente a decisão de ter um filho geneticamente relacionado, mas erradicou qualquer possibilidade de ela ter um filho biológico. Em síntese, a recorrente teve denegada a última chance de se tornar mãe biológica.

Portanto, com base na opinião divergente, infere-se que a aplicação do *Human Fertilisation and Embriology Act* é desproporcional. Por causa de sua natureza absoluta, a legislação impede o equilíbrio de interesses concorrentes, neste caso em particular.

Na verdade, não há equilíbrio possível nas circunstâncias do presente caso, uma vez que a decisão, pendendo para o lado de Howard - e sua escolha de não se tornar um pai -, envolve uma eliminação absoluta e definitiva da decisão

---

22 Parágrafos 62-64 do acórdão.

de Evans de se tornar mãe. Importante asseverar que o caso não é sobre a possibilidade de adotar uma criança ou hospedar um embrião doado<sup>23</sup>. Aliás, Johnson ainda será capaz de se tornar pai biológico, enquanto que a recorrente teve sua última chance. Nos termos do que já se mencionou anteriormente, a Sra. Evans passou por uma cirurgia para remover seus ovários.

O então companheiro não só conhecia muito bem esse fato, como também lhe deu a garantia de que queria ser o pai de seu filho. Sem essa garantia, a requerente poderia ter tentado outras maneiras de conservar os óvulos retirados e, assim, posteriormente conceber um filho seu.

No parágrafo 90 do acórdão, em que a maioria tenta encontrar um equilíbrio entre os direitos e interesses da requerente e do ex-companheiro, nenhum peso é dado a essa “garantia”, isto é, atentar para o fato de que a Sra. Evans agiu de boa-fé, contando com a garantia a ela conferida.

A data decisiva foi 12 de novembro de 2001: a data em que os óvulos foram fertilizados e seis embriões criados. A partir desse momento, Howard J. não estava mais no controle de seu esperma. Um embrião é um produto conjunto de duas pessoas, que, quando implantado no útero, vai se transformar em um feto. O ato de destruir um embrião envolve também a destruição de óvulos da recorrente. Também neste sentido, a legislação britânica não conseguiu encontrar o equilíbrio certo.

As circunstâncias particulares do caso levam a crer que os interesses da recorrente pesam mais do que interesses de Howard e que as autoridades do Reino Unido não levaram isso em conta, o que constituiu uma violação do artigo 8º.

Os juízes dissidentes concordaram que, ao se verificar a legislação pertinente de outros Estados, diferentes abordagens emergem. Nesse contexto, a Corte justificou-se, dizendo que não há um consenso europeu sobre os detalhes

---

23 Vide parágrafo 72.

da regulamentação do tratamento da fertilização artificial.

No entanto, os juízes supramencionados avaliaram o caso de forma diferente, a partir de suas circunstâncias particulares, com um olhar para além da mera questão de consentimento no sentido contratual.

Certamente não se deve cogitar que a Sra. Evans - além de tudo o que já tinha passado - pudesse contemplar, ainda, a probabilidade de o Sr. Jonhson retirar o seu consentimento. É mais uma vez óbvio que o caso não se assenta confortavelmente com o esquema formal da lei que foi aplicada a ele.

Os juízes reiteraram que um caso sensível como este não poderia ser decidido de forma mecânica, com a simples constatação de que não havia um consenso na Europa, para então conceder ampla margem de apreciação ao Reino Unido.

Certamente, os Estados têm ampla margem de apreciação quando se trata de legislação efetiva que rege o uso de fertilização *in vitro*. No entanto, essa margem de apreciação não deve impedir o Tribunal de exercer seu controle, em especial, em relação à questão de saber se um justo equilíbrio entre todos os interesses concorrentes foi atingido no nível doméstico.

Para concluir, ao contrário da maioria, os juízes dissidentes consideraram que a legislação não permitia uma ponderação equilibrada das circunstâncias especiais do caso. Quando o efeito da legislação é tal que, por um lado, fornece a uma mulher o direito de tomar uma decisão de ter um filho geneticamente relacionado, mas, por outro lado, de forma absoluta a priva de nunca assumir esta posição, inflige um fardo moral e físico desproporcional para uma mulher. Esse fardo dificilmente poderia ser compatível com o artigo 8º e os fins próprios da Convenção de proteger a dignidade humana e a autonomia.

Relativamente ao artigo 14 da Convenção, os dissidentes referiram que o comparativo mais aproximado à situação de Natalie Evans seria um homem infértil, exemplo dado pelo Juiz Wall. No entanto, mesmo esta comparação não

ilustra toda a complexidade do presente caso.

Afigura-se reconhecido por instituições internacionais especializadas em direitos das mulheres, que, para assegurar seu direito à saúde, é necessário considerar os fatores biológicos – inclusive a função reprodutiva – que as diferenciam dos homens. Isso tudo a partir da perspectiva das suas necessidades e interesses específicos<sup>24</sup>.

Uma mulher está em uma situação diferente em relação ao homem no que diz respeito ao nascimento de uma criança, mesmo nos locais onde a legislação regulamenta métodos de fertilização artificiais.

Referiu-se que a abordagem adequada, no caso em análise, seria a que reconhece que situações diferentes exigem um tratamento igualmente diferenciado. Os juízes dissidentes observaram as circunstâncias da requerente a esta luz, em razão da excessiva carga física e emocional e os efeitos causados pela sua condição, e é nesta base que votaram por uma violação do artigo 14 conjugado com o artigo 8º.

Ademais, referiram que, como a maioria dos casos perante a Corte, a situação em exame não é um caso apenas de política geral, envolvendo importantes interesses individuais.

Nesse sentido, para os juízes dissidentes, o posicionamento majoritário da Corte colocou peso excessivo em questões de política geral, as quais formavam apenas o contexto do caso. Assim, não realizou ponderação suficiente e razoável entre os interesses das partes em conflito, levando em conta as consequências advindas da decisão.

#### 4. ANÁLISE DOS CASOS: DIREITOS SEXUAIS, REPRODUTIVOS

---

24 COMITE PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES, 1999.

## E RELATIVISMO CULTURAL

A autodeterminação sexual constitui aspecto central da vida humana, pois compõe, junto com uma série de outros elementos, a identidade do indivíduo, não podendo ser imposta a ele: a cada pessoa cabe decidir livremente como manifestará sua sexualidade, contanto que não viole direitos de terceiros<sup>25</sup>. No âmbito da autodeterminação sexual encontram-se, portanto, relações de gênero, ou seja, a forma por meio da qual o indivíduo interage com os papéis sociais, criados com base no sistema binário “homem-mulher”, seja para afirmá-los ou contestá-los. Encontra-se, ainda, a questão do desejo sexual, o qual se mantém dentre os maiores tabus das sociedades ocidentais contemporâneas, além do exercício das funções reprodutivas.

Tendo em vista o caráter culturalmente sensível da autodeterminação sexual e os tabus que cercam essa temática, muitas vezes o exercício de direitos sexuais e reprodutivos são encarados preponderantemente como uma questão de interesse público, não afeita à esfera privada da vida das pessoas. Isso fica muito evidente a partir da análise dos casos Goodwin e Evans: a constante preocupação das autoridades judiciárias com a “segurança jurídica”, a “estabilidade social” e a “arbitrariedade”, evidencia a dimensão pública que o exercício dessas liberdades individuais tomou.

Assim, ao desafiar as normas de organização social vigentes, a afirmação de direitos das mulheres e das minorias sexuais geralmente passa por um controle mais rigoroso das instituições que agem no espaço público. Como essas normas de organização social variam, em maior ou menor medida, a depender do contexto cultural em análise<sup>26</sup>, pode-se afirmar que os direitos reprodutivos

25 LOHRENSCHEIT; THIEMANN, 2009, p. 15.

26 A expectativa social do feminino e do masculino, ainda que tenha um mínimo denominador comum universal, varia amplamente entre diferentes culturas. Assim, cada sociedade

e sexuais são demasiado “culturalmente sensíveis”. Isso significa que diferentes sociedades se utilizarão de diferentes critérios para determinar os conteúdos e limites dos direitos sexuais e reprodutivos.

Contudo, tanto os direitos sexuais – por parte dos transexuais, ao afirmar sua identidade de gênero – quanto os reprodutivos – por parte das mulheres, ao exercer a sua função reprodutiva – devem ser entendidos como liberdades individuais, e não como questão de interesse público. Isso porque dizem respeito ao exercício da autodeterminação sexual, um desdobramento da liberdade na esfera privada para conduzir a vida livremente.

Levando isso em conta, os tribunais internacionais readequam as decisões tomadas no plano interno dos Estados para atender aos padrões mínimos de conteúdo e alcance dos direitos sexuais e reprodutivos exigidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse processo, os tribunais empreendem certa “universalização” desses direitos, revisitando o conflito entre a autodeterminação sexual e a segurança jurídica/estabilidade social, para afirmar, nos casos concretos, qual dos valores deve prevalecer. Em virtude de sua vocação contramajoritária, o Direito Internacional dos Direitos Humanos impõe o reconhecimento amplo dos direitos sexuais e reprodutivos. Assim, sob a sua ótica, a autodeterminação sexual tende a prevalecer sobre os demais valores mencionados.

No caso Goodwin, esse conflito é evidente: a aspiração de Christine de

---

dispõe de normas sociais específicas para regular o que é “ser homem” e o que é “ser mulher”, normas essas que servem de parâmetro para distribuir direitos e obrigações, além de privilégios econômicos e políticos. Atualmente, em algumas sociedades ocidentais, inicia-se um processo de parcial desconstrução das expectativas em torno dos gêneros masculino e feminino, o que permitiu o reconhecimento do direito ao casamento para homossexuais, por exemplo. Contudo, na maior parte das sociedades ocidentais – bem como em praticamente todas as outras sociedades – continua a ser inconcebível esse reconhecimento, exatamente porque a conformação ao modelo binário “homem-mulher” impõe ao homem que se una a uma mulher e à mulher, que se una a um homem. Nesse segundo grupo de países, os direitos sexuais têm conteúdo e alcance reduzido em comparação com o primeiro grupo.

adotar um novo gênero e de ter esse aspecto da sua identidade reconhecido tanto social, quanto legalmente, integra a sua prerrogativa de autodeterminação sexual. Por outro lado, os argumentos do Reino Unido no sentido de que a plena aceitação da transexualidade ainda não é uma realidade e de que ela geraria impactos negativos no ordenamento jurídico e na organização da sociedade britânica reflete o apego à “estabilidade social” e/ou à “segurança jurídica”. Em sua decisão, a Corte adotou uma posição contramajoritária, defendendo o pleno reconhecimento dos direitos dos transexuais em detrimento da posição majoritária, avessa às transformações sociais e, portanto, refratária ao reconhecimento dos direitos do grupo minoritário em questão.

Já no caso Evans, contudo, a Corte adotou postura diferente, abstendo-se de impor a preponderância da autodeterminação sexual, ao relegar a decisão tomada no âmbito interno à margem de apreciação nacional do Reino Unido. Isso mesmo em face de a interferência na vida privada prescrita no *Human Fertilisation and Embriology Act* ser claramente desnecessária e desproporcional às circunstâncias especiais do caso.

Entende-se, na linha do voto divergente conjunto, que as consequências da referida Lei para a Sra. Evans foram de caráter absoluto e irreversível, tendo em vista ter se tornado estéril. Deste modo, os efeitos da sentença não têm o mesmo alcance para cada uma das partes. Para o homem, a eventual procedência do pedido geraria consequências de caráter econômico e familiares. Já para a mulher, a improcedência do pedido eliminou, de forma absoluta, o seu direito de ser mãe biológica. Pode-se inferir, em síntese, que a legislação nacional não alcançou equilíbrio justo nas circunstâncias do caso concreto.

## 5. CONCLUSÃO

Os dois casos ilustram como um tribunal internacional pode – ou não – arbitrar conflitos de valores nas sociedades locais. Caso um tribunal internacional fosse incapaz de proceder dessa maneira, seria inviável a sua atuação, já que todo caso relativo a direitos humanos envolverá conflitos dessa ordem. Justamente em virtude da sua vocação contramajoritária, os casos levados a tribunais de direitos humanos dizem respeito a direitos de grupos minoritários violados em virtude das escolhas políticas da maioria – “maioria” não no sentido numérico da palavra, mas com a acepção de grupo detentor do poder político.

Assim, é natural que o tribunal internacional, analisando o conflito de valores que separa um determinado grupo minoritário do restante da população, opte, no caso concreto, pelo valor que deve preponderar. A crítica à margem de apreciação nacional no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos reside justamente nesse ponto: a impossibilidade de, em alguns casos, a CEDH proceder a esse arbitramento, sendo, em certa medida, emasculada em sua atuação.

Essa foi justamente a situação do caso Evans: alegando a inexistência de um consenso europeu a respeito da regulamentação da fertilização *in vitro*, a CEDH entendeu que a retirada do consenso para a implantação do embrião era questão afeita à margem de apreciação nacional, ficando, portanto, unicamente a critério do Reino Unido. Ao fazê-lo, deixou de se posicionar favoravelmente à autodeterminação sexual de Natalie Evans, não atendendo, portanto, sua vocação contramajoritária.

Nos casos envolvendo a margem de apreciação, a Corte simplesmente avalia a conformidade do arbitramento realizado no plano interno do Estado envolvido com o plano europeu. Se não há consenso no plano europeu, a Corte geralmente não se pronuncia, deixando de reconhecer uma eventual violação de direitos de grupos minoritários. No caso em análise, a CEDH falhou, pois deixou

de afirmar a transgressão dos direitos reprodutivos de Natalie Evans, encampados nos arts. 8º - direito à vida privada e familiar – e 14 – proibição de discriminação – da Convenção Europeia.

Para se chegar a uma solução em um caso concreto envolvendo direitos humanos, é inevitável que se tome um partido, já que o julgamento geralmente envolve o sopesamento de direitos. *A priori*, no entanto, a reticência em tomar um partido é inerente ao caráter internacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que nenhuma situação de conflito pode ser resolvida abstratamente, no tempo e no espaço, exigindo-se uma contextualização.

Por ter um conteúdo mais aberto e sujeito à interpretação, os direitos humanos demandam maior concretude, i.e., um caso específico, para que o tribunal possa se pronunciar pela prevalência do direito de uma das partes envolvidas. Esse processo de decisão envolve, inclusive, um crivo de legalidade e justiça das opções locais, dadas as diferenças culturais entre os países submetidos ao mesmo tribunal internacional. Deste modo, o órgão julgador deve contextualizar culturalmente as suas decisões sem, contudo, deixar de reconhecer eventuais violações de direitos que decorram de excessos das concepções locais<sup>27</sup>.

É preciso que as exceções locais aos direitos humanos tenham uma base cultural autêntica e que o tribunal identifique, ademais, mecanismos internos alternativos que garantam a dignidade humana no âmbito dessas exceções. Isso não ocorreu no caso Evans. Por outro lado, em *Goodwin vs. UK*, a CEDH, de forma acertada, declarou que não cabia uma exceção local aos direitos dos transexuais, justamente porque não há significativo interesse público na questão, sendo preponderantes os interesses particulares envolvidos – o exercício da autodeterminação sexual.

---

27 O pronunciamento de tribunais internacionais não só é importante para neutralizar excessos locais, como para assinalar as mudanças necessárias para a participação da comunidade local em uma comunidade moral cosmopolita. Cf. DONNELLY, 1994, p. 400-419.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO RAMOS, André. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 286 p.

COMITE PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES, 20. , 1999. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres**: Recomendação Geral N.º 24: Artigo 12.º (As Mulheres e a Saúde). Disponível em: <[http://pdhj.org/unt/documents/CEDAW%20RG%2024\\_p.pdf](http://pdhj.org/unt/documents/CEDAW%20RG%2024_p.pdf)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**: Roma, 1950. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2012.

DONNELLY, Jack. Cultural Relativism and Universal Human Rights. **Human Rights Quarterly Review**. [S.l.], v. 6, n. 4, p. 400-419, nov. 1984.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Christine Goodwin v. UK**. Estrasburgo, 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Case of Evans v. UK**, Estrasburgo. 2007. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046>>. Acesso em: 23 nov. 2012.

LOHRENSCHEIT, Claudia; THIEMANN, Anne. Sexuelle Selbstbestimmungsrechte: Zur Entwicklung menschenrechtlicher Normen für Lesben, Schwule, Transsexuelle und Intersexuelle. In: LOHRENSCHEIT, Claudia. **Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht**. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 15-40.

MUTUA, Makau wa. Ideology of Human Rights. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 36, p. 589-657, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-45.

SHARPE, Andrew N. Endless sex: The gender recognition act 2004 and the persistence of a legal category. **Feminist Legal Studies**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 57-84, abril 2007.

SUPREME COURT OF JUDICATURE COURT OF APPEAL. **Bellinger v. Bellinger**. 2001. Disponível em: <[http://www.pfc.org.uk/caselaw/Bellinger%20v%20Bellinger%20Appeal\\_.pdf](http://www.pfc.org.uk/caselaw/Bellinger%20v%20Bellinger%20Appeal_.pdf)> Acesso em: 24 nov. 2012.

THE YOGYAKARTA Principles: principles on the applications of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity. [S.l.], 2007. Disponível em: <[http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.pdf](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2012.

# O RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO PERANTE O DIREITO BRASILEIRO DOS CIDADÃOS IRANIANOS ACUSADOS DE APOSTASIA

*Pedro de Paula Lopes Almeida*

*(Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Defensor Público Federal. Membro do Comitê Estadual de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Estado do Amazonas)*

## RESUMO

Após a Segunda Guerra Mundial, os fluxos migratórios se intensificaram ao redor do mundo. Não apenas a crise econômica, decorrência natural da destruição perpetrada em dois conflitos mundiais tão próximos, mas também outros fatores levaram a esse movimento populacional. Um deles nos interessa em particular: a fuga de pessoas dos estados de sua nacionalidade, ou de sua residência habitual, em razão de perseguições decorrentes de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. A normatização internacional referente ao tema tem como instrumentos básicos a Convenção das Nações Unidas de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e o Protocolo de 1967 relativo ao mesmo tema, ambos fundados no art. 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que assegura a qualquer pessoa o direito de procurar asilo em país diverso daquele de sua nacionalidade, em razão de perseguição. O presente artigo se debruça, portanto, sobre três ideias básicas. Primeiramente, a de que os cristãos iranianos, especialmente aqueles convertidos do islamismo, são vítimas de perseguição religiosa estatal, devendo ser internacionalmente reconhecidos como refugiados. Em segundo lugar, busca demonstrar que o ordenamento jurídico nacional já internalizou os mais relevantes institutos referentes ao direito dos refugiados, de modo que inexistem óbices ao seu reconhecimento pelo Estado brasileiro. Por fim, diante do novo paradigma do direito

internacional, o trabalho procura demonstrar que o reconhecimento da condição de refugiado deve ser entendido como direito subjetivo de quem a ela se enquadre, sendo a matéria amplamente sindicável pelo poder judiciário.

**Palavras-chaves:** Refugiados. Apostasia. *Non-refoulement*. Reconhecimento judicial.

## ABSTRACT

The end of the Second World War was followed by a world-wide increase of migratory flows boosted by two closely related post-war economic crises and several other reasons. One of these other reasons — people's escape from their countries of origin or residence due to religious, political, national and ethnical prosecutions — is particularly important to our research. The international legal order concerning this issue is based on the United Nations' Refugee Convention (1951) and on its 1967 Protocol, both grounded in the Universal Declaration of The Human Rights (1948), article 14, which universally recognizes the right of individuals — when persecuted — to seek asylum in other countries. Due to that, the study at hand focuses on the analysis of three basic ideas: 1) Iranian Christian — those who were converted from Islamism — are victims of religious persecution by the State and, therefore, must be internationally recognized as refugees. 2) Thus, since the Brazilian legal system has already adapted itself to the most relevant institutes concerning refugee rights, there remain no obstacles to their recognition as such by the Brazilian State. 3) Finally, due to the new trends in International Law, our goal is to maintain that the recognition of refugee status should be granted as a subjective right to those who have fulfilled its appropriate legal requirements and that future problems regarding this topic should remain widely inquired by the Judiciary.

**Keywords:** Refugees. Apostasy. *Non-refoulement*. Judicial Recognition.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2.CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-POLÍTICA 3. O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS DIANTE DA NOVA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL. 4. CONCLUSÃO.

### 1. INTRODUÇÃO

O cenário pós Segunda Guerra promoveu um fluxo migratório de caráter particular. Desterrados por razões múltiplas, mas quase sempre dramáticas, os refugiados deixaram para trás tudo o que tinham, na esperança de reconstruir suas vidas em terras estrangeiras, em ambiente livre das perseguições fratricidas vivenciadas em seus países de origem.

Diante dessa situação, foi criado em 1949 o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Dois anos mais tarde, foi celebrada a Convenção das Nações Unidas Referente ao Estatuto dos Refugiados, até hoje principal fonte normativa relativa ao tema.

Atualmente, muito embora a guerra declarada entre estados nacionais constitua realidade menos próxima daquela vigente ao tempo das tratativas que levaram à edição da Convenção de 1951, é certo que os conflitos internos se multiplicam a uma velocidade assustadora em todo o mundo. Como consequência, os fluxos migratórios têm novamente se intensificado e o Brasil desponta como destino de parte dessas pessoas, que se veem perseguidas pelos mais variados motivos.

Dentre as situações de conflito atuais no mundo, interessa-nos particularmente aquela relativa à minoria cristã atualmente existente no Irã. Inúmeros relatórios internacionais têm apontado graves e sistemáticas perseguições a cristãos, católicos ou protestantes, no país. A situação se afigura ainda mais grave nos casos de conversão do islamismo, fato definido como crime de apostasia pelo

direito iraniano e punido, em tese, com pena de morte.

O objetivo deste trabalho é ilustrar a situação de total desrespeito à liberdade religiosa no Irã e o enquadramento dos cristãos convertidos do islamismo que deixaram o país à condição de refugiado, a ser reconhecida, em último caso, pelo próprio poder judiciário.

## 2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-POLÍTICA

### 2.1 Influxos recíprocos entre direito e religião

Se é certo que o direito é uma ordem normativa, não é menos verdadeiro não ser a única. Paralelamente aos preceitos jurídicos, vige uma infinidade de outras ordens normativas, com as quais convivemos em maior ou menor grau cotidianamente. Assim, as regras da moral, da religião e da boa educação, por exemplo, são também subsistemas normativos, frequentemente conformados por preceitos muito mais intuitivos do que aqueles inseridos nos textos legislativos.

A respeito da influência das religiões na formação cultural coletiva, são pertinentes as colocações do Professor Daniel Thüer:

Os seres humanos têm praticado a religião desde tempos imemoriais. A consciência religiosa, a crença na existência de um externo e objetivo propósito divino, parece ser simultaneamente aspecto da e justificativa para a natureza humana. A incessante emergência de comunidades religiosas pelo mundo inteiro tem sido um dos aspectos constantes da história da humanidade. Na era do Iluminismo, a maioria dos pensadores acreditava, e até esperava, que a religião seria varrida do mapa e integralmente substituída pela razão. Eles mal interpretaram, por completo, a natureza da crença religiosa. Longe de desaparecer, a religião, para surpresa de muitos, fez uma poderosa reaparição pública, não só como fonte de inspiração para permitir a criação e manutenção de uma vida pacífica e propositiva para seres humanos e comunidades, mas também como uma força perturbadora, promovendo fanatismo, intolerância e violência. [...] O princípio da humanidade e a ideia de direitos humanos cresceu de doutrinas religiosas. Toda religião pode dar exemplos desse aspecto benigno da crença religiosa. Mas a religião

tem também seu lado obscuro: princípios e crenças que encorajam a supressão e a crueldade contra seguidores de outras religiões. Há, inclusive, um ditado bem conhecido a respeito: “quanto mais divinos os fins, mais diabólicos os meios”. Nenhuma religião está imune a esta tentação. (THÜER, 2011, p. 200, tradução nossa).

Na mesma obra, o autor elenca três razões básicas para que consideremos o contexto religioso ao estudarmos o direito humanitário (THÜER, 2011). Passemos à análise de cada uma delas.

Em primeiro lugar, a religião seria parte do legado cultural da humanidade e, portanto, constituiria um sistema que lida com várias questões pertinentes ao direito internacional. A religião poderia, então, ser de alguma forma encarada como fonte de inspiração para o direito, servindo como norte para a sua interpretação e como parâmetro para moldá-lo e desenvolvê-lo.

Em segundo lugar, o direito internacional e a religião teriam, ambos, aspirações universalistas. Assim como a religião, o direito internacional exige, para sua afirmação, que suas bases estejam firmadas sobre um sistema de valores pretensamente universais. Contraditoriamente, porém, os princípios e regras da ordem jurídica internacional derivariam excessivamente do Ocidente. Assim, muito embora o Ocidente se considere, de alguma forma, o “clube das nações civilizadas”, sua história faz muito difícil afirmar, com alguma convicção, que tenha atingido um nível excepcionalmente alto de civilização. Dessa forma, os valores ocidentais devem ser postos em seus devidos lugares no sistema do direito humanitário internacional, caso este ramo do direito pretenda ser de fato universal.

Finalmente, prossegue o autor, é de se ter em mente que o direito em geral é extremamente impotente, se não subsidiado por forças que estejam além do sistema jurídico, tais como os costumes, a adesão da opinião pública e também a religião. Todas as religiões têm em si algo que vai além das determinações racionais e a experiência religiosa pode encorajar o fiel a enfrentar os desafios diários

da vida. Essa sensação de encorajamento e de suporte é, frequentemente, muito mais forte que qualquer consideração de ordem racional.

Ao longo da história, assim, a religião tem se mostrado uma força extremamente poderosa, atuando conforme ou contrariamente ao direito, sustentando-o ou o ameaçando.

## **2.2 Linhas gerais sobre as graves violações aos Direitos Humanos perpetradas e consentidas pela República Islâmica do Irã**

A afirmação dos direitos humanos e o respeito a eles está longe de ser uma realidade no Irã. Efetivamente, inúmeras organizações internacionais têm noticiado gravíssimas ofensas a direitos que se relacionam diretamente com a dignidade da pessoa humana.

Nos termos do relatório A/65/370 do Secretário Geral das Nações Unidas, datado de 15 de setembro de 2010, o desrespeito aos direitos humanos na República Islâmica do Irã estaria aumentando gradativamente. O relatório acusa, já em sua introdução, a grave e generalizada situação de desrespeito aos direitos humanos no país:

Desde o último relatório do Secretário-Geral e da adoção da Resolução 64/176, observa-se um retrocesso com relação ao respeito dos direitos humanos na República Islâmica do Irã. Inúmeros aspectos relevantes, como a ratificação pelo país da Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, em 2009, a elaboração de relatórios periódicos pelo Comitê de Direitos Humanos e pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, infelizmente, foram suprimidos, em razão de intensa perseguição dos defensores dos direitos humanos [...]. Observa-se um notável aumento na aplicação da pena de morte, inclusive em hipóteses envolvendo acusados políticos e menores de idade. Persiste a discriminação contra minorias, chegando, em algumas hipóteses, a tomar forma de perseguição. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010, p.3, tradução nossa).

A violência referida no relatório não é, portanto, aquela urbana, a que

todos estamos sujeitos, em maior ou menor grau, nas diferentes partes do mundo. Trata-se de violência simultaneamente institucionalizada e dissimulada, que é praticada pelo Estado, direta ou indiretamente.

Com efeito, o art. 7º da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizada pelo Brasil através do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, veda a adoção da tortura ou de qualquer meio cruel, desumano ou degradante de punição (BRASIL, 1992). O Irã é signatário da Convenção e, segundo o relatório acima mencionado, sua própria constituição vedaria o uso da tortura para a obtenção de confissões ou de qualquer informação dos acusados em geral. O próprio código penal iraniano criminalizaria a prática da tortura. Paradoxalmente, porém, os organismos internacionais têm detectado aumento crescente no uso institucional da tortura no país.

A aplicação da pena de morte é outro tema de grande preocupação internacional. Embora desaconselhada pela comunidade internacional, a pena capital tem sido largamente empregada pelo estado iraniano. Segundo o mesmo relatório acima citado (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010), no ano de 2009, 388 (trezentos e oitenta e oito) pessoas teriam sido oficialmente executadas no Irã, 112 (cento e doze) das quais no período de oito semanas compreendido entre as eleições de junho de 2009 e a posse do Presidente, no início do mês de agosto do mesmo ano. A grande maioria das execuções decorreria de crimes relativos ao tráfico de drogas, mas ao menos 25 pessoas aguardariam a execução de sentenças de morte pela alegada prática de *Mohareb* (crime definido como de hostilidade ou insulto a Deus). Segundo o mesmo documento, tais execuções ocorreram sem a observância das mais básicas garantias fundamentais, tais como a do contraditório e a da ampla defesa, a despeito de as informações oficiais não admitirem essas restrições.

Nessa perspectiva, em relatório relativo ao cumprimento por parte do Irã do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos

Humanos das Nações Unidas detectou que a pena de morte vem sendo utilizada de maneira desproporcional, para coibir crimes que ofendem bens jurídicos de muito menor relevância que a vida (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 1993).

Vale dizer que os organismos internacionais de proteção aos direitos humanos têm sistematicamente apontado que, sob o ponto de vista do direito internacional, embora a pena de morte se mostre degradante e anacrônica, a sua aplicação, pelos estados que a adotem, deve ser reservada aos mais sérios crimes, sempre assegurado o direito a um julgamento justo e imparcial. Os “mais sérios crimes”, nesse caso, devem ser entendidos como aqueles que resultam diretamente na morte de seres humanos.

A realidade que se tem visto na República Islâmica do Irã, porém, é a aplicação da pena capital a casos de tráfico de drogas e mesmo de adultério, numa política que desumaniza o condenado e embrutece os cidadãos em geral, forçando-os a conviver num estado de barbárie institucionalizada.

Nesse sentido, também preocupa o fato de que a execução de menores de dezoito anos tem sido amplamente empregada, embora vedada pelo art. 37, “a” da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança, ratificada tanto pelo Irã como pelo Brasil. Vedação no mesmo sentido aparece no art. 6º, “5”, da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Ainda nos termos do primeiro relatório acima citado, a despeito de uma suposta suspensão das execuções de crianças e adolescentes no Irã desde 2005, cinco jovens menores de dezoito anos teriam sido executados em 2009, ao passo que, até a data de elaboração do referido documento, outros 150 (cento e cinquenta) aguardavam o cumprimento de sentença de morte (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010).

Assim, em linhas gerais, é possível dizer que a República Islâmica do Irã impõe aos seus nacionais um regime simultaneamente severo e intolerante, utilizando-se de uma legislação penal draconiana para reprimir possíveis opositores

ao regime vigente. A adoção reiterada da pena de morte e de outras penas corporais demonstra a indiferença das autoridades locais em relação à dignidade da pessoa humana, em flagrante violação a normas de direito internacional público dotadas de caráter cogente.

### 3. O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS DIANTE DA NOVA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

#### 3.1 O novo paradigma do Direito Internacional. O indivíduo como principal sujeito de direito internacional

O conceito tradicional de *jus gentium*, calcado nas preocupações marcadamente interestatais das primeiras décadas do século XX, há muito vem apresentando sinais de desgaste. A despeito da inegável relevância dos estados nacionais no cenário político da atualidade, o direito internacional demanda, hoje, uma nova abordagem.

No início do século passado, as discussões mais vívidas em tema de direito internacional perpassavam a extensão e profundidade dos direitos e deveres dos estados soberanos. Antes, porém, era necessário definir o que se entendia por estado independente, potencial sujeito de direito internacional público. A polêmica foi abordada na Convenção de Montevidéu de 1933 sobre os Direitos e Deveres dos Estados. Mesmo para que o estado fosse reconhecido como independente e soberano, sendo alçado, portanto, à condição de sujeito de direito internacional, era necessário que ostentasse uma população, um território definido, um sistema jurídico e a capacidade de entabular relações com outros estados (CANÇADO TRINDADE, 2006).

Efetivamente, desde o término da Segunda Guerra, ficou claro que a somatória dos interesses supostamente titularizados pelos estados pode não coincidir com as aspirações da humanidade em geral, ou mesmo dos súditos de cada um desses estados. A teoria do contrato social, aliada ao positivismo jurídico, serviu de base à adoção de algumas políticas e condutas internacionais que se mostraram fratricidas e autodestrutivas.

O estado mostrou, assim, não poder desempenhar sozinho todos os papéis existentes no *jus gentium*. A partir da segunda metade do século XX, organizações internacionais e outros atores passaram a reivindicar e, paulatinamente, a ver reconhecida não apenas sua personalidade jurídica internacional, mas também sua própria legitimidade *ad causam* diante da jurisdição internacional.

De todos os sujeitos de direito, porém, foi o indivíduo, a pessoa humana, isolada ou coletivamente considerada, que firmou posição mais relevante nesse novo contexto mundial. Esse novo panorama proporcionou uma expansão do conceito de personalidade jurídica internacional, gerando o que Cançado Trindade denominou de **humanização** do direito internacional. A relevância dessa mudança de paradigmas no direito internacional é descrita com precisão pelo autor:

A consolidação da personalidade e da capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de Direito Internacional constitui o mais precioso legado do pensamento jurídico internacional da segunda metade do século vinte. Esse pensamento superou a exclusão do indivíduo da ordem jurídica internacional pelo positivismo jurídico estatal e conseguiu o seu resgate como sujeito de Direito Internacional. O reconhecimento da legitimidade *ad causam* dos indivíduos no âmbito do direito internacional (subjetividade ativa) apareceu como resposta a uma necessidade da comunidade internacional. O mesmo pode ser dito a respeito de sua condição de sujeito de deveres emanados do Direito Internacional (subjetividade passiva). Os indivíduos aparecem agora como verdadeiros sujeitos, ao invés de simples “atores”, do Direito Internacional. (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 252, tradução nossa).

Com base em toda essa argumentação é que se pode afirmar que as pessoas naturais são sujeitos de direito internacional tão importantes quanto os es-

tados nacionais ou as organizações internacionais. Sua personalidade jurídica as investe de um feixe de direitos – e também de deveres – que derivam não apenas da ordem jurídica interna do estado ao qual estejam vinculadas, mas também da ordem jurídica internacional.

### **3.2 Base normativa internacional referente ao tema. A Convenção das Nações Unidas de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. O princípio do *non-refoulement*.**

Embasada no art. 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados é o mais importante instrumento de proteção dos refugiados. Em vigor desde 22/04/1954, a Convenção foi submetida a apenas uma emenda, levada a efeito pelo protocolo de 1967, que removeu as limitações geográficas e temporais existentes em seu art. 1º.

Como instrumento elaborado no período pós-segunda guerra, a Convenção teve seu escopo originalmente limitado às pessoas que fugiram de seus países de residência ou nacionalidade em razão de eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e dentro do território europeu. O protocolo de 1967, por sua vez, removeu essas limitações e conferiu, assim, abrangência universal à Convenção. Esse sistema normativo tem sido continuamente suplementado por subsistemas regionais de proteção ao direito dos refugiados, bem como pela internalização, pelos diferentes estados, de mecanismos protetivos dos solicitantes de refúgio.<sup>1</sup>

A Convenção de 1951 é embasada em alguns princípios, tais como o da não penalização, não discriminação e - talvez o mais importante deles - o princípio do *non-refoulement*, que veda a devolução ou expulsão de um refugiado para

---

1 A respeito da evolução histórica da normativa internacional referente ao tema, conferir nota introdutória disponível no site do ACNUR em <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>. Consulta realizada em 10/11/2012.

território em que sua vida ou liberdade estejam ameaçadas em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas (art. 33).

Por outro lado, em atenção à situação de vulnerabilidade dos solicitantes de refúgio, especialmente no que concerne ao seu ingresso em território estrangeiro, o desrespeito à legislação migratória do país de refúgio ou a situação de permanência irregular do estrangeiro não obstam, por si sós, o reconhecimento da condição de refugiado, consoante dispõe o art. 31 da Convenção.

Feitas as considerações acima indicadas quanto ao afastamento das limitações temporais e territoriais originalmente impostas ao conceito de refugiado, é certo que sua definição aparece no art. 1, “A”, nº 2, da Convenção de 1951. Assim, seriam consideradas refugiadas aquelas pessoas que, temendo ser perseguidas por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontram fora do país de sua nacionalidade e que não podem ou, em virtude desse temor, não querem se valer da proteção desse país, ou que, se não têm nacionalidade e se encontram fora do país no qual tinham sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não podem ou, devido ao referido temor, não querem voltar a ele.

Como já antecipado, as limitações temporais contidas no nº 2 da letra “A”, bem como as restrições geográficas impostas pela letra “B” do mesmo artigo não mais subsistem, diante das alterações promovidas pelo Protocolo de 1967 à referida Convenção

Por outro lado, o princípio geral do *non-refoulement*, ou não devolução, previsto no art. 33 da Convenção de 1951, veda em qualquer hipótese a entrega do refugiado ou do solicitante de refúgio para as fronteiras dos territórios onde sua vida ou liberdade estejam ameaçadas.

É certo que tal princípio está expressamente previsto em diversos outros instrumentos normativos internacionais, valendo destacar a Convenção de 1969 da União Africana Referente a Aspectos Específicos da Questão dos Refugiados

na África (art. II, 3), a Convenção Europeia Sobre Direitos Humanos de 1950 (art. 3º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – (art. 22, 8) e, ainda, a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura, de 1984 (art. 3º). É possível concluir, portanto, que o princípio em questão já está incorporado ao direito costumeiro internacional, independentemente de sua previsão expressa em outros diplomas normativos.

A respeito do diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados, com relação ao princípio do *non-refoulement*, leciona Cançado Trindade:

As convergências acima mencionadas entre o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos tiveram o efeito de ampliar o conteúdo normativo do princípio do *non-refoulement*. [...]. O princípio do *non-refoulement* revela uma dimensão preventiva, procurando evitar o mero risco de que alguém seja submetido à tortura ou a tratamento cruel, desumano ou degradante (resultante de uma extradição, deportação ou expulsão). Isso é o que deriva da recente jurisprudência internacional, tanto no âmbito regional como global. (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 260, tradução nossa).

Reiteram-se, assim, os argumentos já acima expostos, no sentido de que a vida e a liberdade de qualquer iraniano que se converta do islamismo a alguma outra religião estarão em perigo real, justificando-se, assim, o reconhecimento da condição de refugiado perante o direito internacional, na hipótese de ingresso em território estrangeiro.

### **3.3 Normatização nacional do tema referente aos refugiados e a negativa de refúgio aos cristãos iranianos como violação à proibição de extradição por crimes políticos.**

No âmbito da América Latina, o Brasil não tardou a ratificar a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967. A proliferação de regimes ditatoriais pelos países

latino-americanos, todavia, impediu uma aplicação efetiva da proteção internacionalmente prevista aos refugiados.

No final da década de 1980, a redemocratização nacional permitiu uma paulatina afirmação das disposições abstratamente previstas na Convenção de 1951 e o diálogo com o ACNUR pôde ser intensificado.

A Constituição da República de 1988 dedicou já em seu Título I (Dos Princípios Fundamentais) importantes balizas para o respeito aos direitos humanos e para a sua concretização. Didaticamente, a cidadania e dignidade da pessoa humana comparecem já no artigo 1º da Carta da República, na condição de fundamentos da República Federativa do Brasil. O processo histórico de interpretação do texto constitucional tem levado ao reconhecimento de determinados direitos e garantias fundamentais a qualquer cidadão que esteja em território nacional, independentemente da sua condição de estrangeiro, inclusive em matéria processual penal. Nesse sentido é elucidativo trecho de voto do Min. Gilmar Mendes, do STF, segundo o qual “a condição de estrangeiro sem residência no país não afasta, por si só, o benefício da substituição da pena” (BRASIL, 2012).

Por outro lado, com o advento da lei 9.474/97, o Brasil passou a dispor de diploma específico para tratar do tema dos refugiados. A legislação não só delimitou o conceito de refugiado para fins do direito pátrio, descrito em seu art. 1º e em consonância com as disposições da Convenção de 1951, mas também criou o Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, órgão alocado no âmbito do Ministério da Justiça (art. 11).

O art. 1º do diploma não impõe qualquer limitação temporal ou geográfica ao reconhecimento da condição de refugiado, reiterando a eliminação das barreiras outrora existentes na Convenção de 1951 e sem razão de ser desde a adoção do Protocolo de 1967.

Retomando o tema inicial, é patente que o temor dos cristãos iranianos convertidos do islamismo - e assim considerados apóstatas pelo seu direito pá-

trio - autoriza o reconhecimento de sua condição de refugiados perante o direito brasileiro, uma vez que ingressem no território nacional, com todos os direitos e deveres daí decorrentes.

A esta altura, vale lembrar que, nos termos do art. 5º da lei 9.474/97, o refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil. Significa dizer, então, que a ele se aplica a garantia fundamental prevista no art. 5º, LII, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião. Considerando-se, por outro lado, que na República Islâmica do Irã há uma religião institucionalizada e intrinsecamente ligada à forma de governo, sendo vedada aos cidadãos em geral a conversão para outra fé, é patente a impossibilidade de concessão de extradição, pelo Estado brasileiro, de nacional iraniano em virtude da prática de apostasia.

Embora os institutos do refúgio e da extradição não se confundam, a sua correlação é inegável. Assim, nos termos do art. 33 da lei 9.474/9, o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio. Nos termos do art. 34 da mesma lei, o simples pedido de refúgio tem o condão de obstar, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase judicial ou administrativa, relativo aos mesmos fatos.

Assim, o indeferimento do pedido de reconhecimento da condição de refugiado aos cristãos iranianos convertidos do islamismo pode configurar violação oblíqua à norma inscrita no art. 5º, LII, da CF/88 e aos arts. 33 e 34 da Lei de Refúgio, que densificam a garantia fundamental constitucionalmente prevista.

### **3.4 Possibilidade de reconhecimento judicial da condição de refugiado.**

Toda a argumentação até agora firmada converge para um ponto: não ape-

nas sob a ótica da ordem jurídica internacional, mas também segundo o direito interno brasileiro, o reconhecimento da condição de refugiado é direito subjetivo daquele que preencher as condições legalmente impostas para tanto. Assim, do ponto de vista do direito administrativo, o deferimento do pedido de refúgio é ato ao qual o Ministro de Estado da Justiça está vinculado, uma vez preenchidos os requisitos previstos em lei.

No âmbito da jurisprudência pátria, são relevantíssimos os diferentes argumentos expendidos pelos Ministros do STF por ocasião do julgamento do Pedido de Extradicação nº 1.085. No caso, nos termos do voto do Ministro Cezar Peluso, restou consignado o caráter vinculado do ato de reconhecimento da condição de refugiado, inexistindo espaço para discricionariedade:

Depois, pela razão óbvia de que, para usar as palavras da lei, o reconhecimento da condição de refugiado constitui ato vinculado aos requisitos expressos e taxativos que a lei lhe impõe como condição necessária de validade, ao capitular as hipóteses em que pode o refúgio ser deferido e aquelas em que, sem lugar para formulação discricionária de juízo de conveniência ou oportunidade, não pode sê-lo, sem grosseiro abuso ou carência de poder jurídico. (BRASIL, 2010).

Consideramos o raciocínio exposto no trecho do voto acima transcrito merece elogios. Efetivamente, o tema diz diretamente com a liberdade individual e, mais ainda, com o próprio direito à vida e à integridade física, não podendo o reconhecimento da condição de refugiado ser considerado ato discricionário da autoridade administrativa.

Assim sendo, nos casos em que indevidamente indeferido o pedido de refúgio no âmbito administrativo, consideramos perfeitamente possível que o judiciário reconheça tal condição em sede de ação judicial, sem que haja qualquer afronta ao princípio da independência dos poderes.

Nesse sentido, já existem decisões dos tribunais pátrios:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. INICIAL

INDEFERIDA. DECLARAÇÃO DA CONDIÇÃO DE REFUGIADOS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS ATENDIDOS. CONCESSÃO. 1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação visa à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedente do STJ. 2. Nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 9.494/97, será reconhecido como refugiado todo indivíduo que por motivo de “fundados temores de perseguição em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas esteja fora de seu país de nacionalidade, não querendo ou não podendo acolher-se à sua proteção. 3. Hipótese em que os estrangeiros cubanos, após manifestarem insurgência contra as condições de trabalho que lhe foram impostas com supedâneo em orientação de seu país de nacionalidade, decidiram buscar proteção internacional, em face do temor de que fossem presos e sofressem outras represálias quando voltassem para Cuba. 4. Estando preenchido o requisito de ‘fundado temor de perseguição por motivo de opiniões políticas’, deve ser assegurado aos estrangeiros o reconhecimento da condição jurídica de refugiados. (BRASIL, 2008).

#### 4. CONCLUSÃO

Embora seja impossível exaurir o tema no âmbito deste trabalho, consideramos que é possível extrair algumas reflexões sobre o assunto.

Efetivamente, há uma violação sistemática e atual aos direitos humanos na República Islâmica do Irã, sem que possamos detectar reais esforços do governo vigente em reverter tal situação. Por outro lado, o estado iraniano adere a grande parte dessas violações, valendo frisar, para o âmbito deste trabalho, a criminalização da apostasia, punida com a morte.

Por outro lado, o Brasil faz parte dos esforços internacionais de proteção dos refugiados, sendo signatário da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 referentes ao Estatuto dos Refugiados. No âmbito interno, a matéria é tratada pela lei 9.474/97, que não apenas reproduziu os conceitos previstos na ordem jurídica internacional, mas também previu processo administrativo específico para o reconhecimento da condição de refugiado, a tramitar no âmbito do CONARE.

O ponto mais importante do presente trabalho, porém, consiste na defesa

da tese de que o reconhecimento da condição de refugiado é direito subjetivo de quem preencha os requisitos normativamente previstos para tanto, não estando sujeito a qualquer juízo de discricionariedade da autoridade administrativa competente, que no caso brasileiro é o Ministro da Justiça. Havendo indeferimento indevido do pedido, é possível a judicialização da questão, não apenas para ver declarada a nulidade do processo administrativo correspondente – caso existente algum vício formal, por exemplo – mas também para pleitear a **concessão em si do reconhecimento da condição de refugiado**.

Por todas essas razões, parece-nos bastante claro que cristãos iranianos convertidos do islamismo que ingressem em território brasileiro devem ter reconhecida, caso assim o desejem, sua condição de refugiado, com todos os direitos e deveres a ela relativos. Indeferido o pedido na via administrativa, abrese-lhes a via judicial, podendo o juízo reconhecer, em sede de processo de conhecimento, a condição de refugiado.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

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

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/dedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/dedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94.477. Rel. Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça**, Brasília, 8 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação nº 1.085. Rel. Ministro Cezar Peluso. **Diário da Justiça**, Brasília, 16 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Processo: 2004.71.00.030706-1. Rel. Juiz Marcio Antônio Rocha. **Diário da Justiça**, Brasília, 10 nov. 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International Law for humankind: towards a new jus gentium: General Course on Public International Law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Nov. 1950. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

DECAUX, Emmanuel. **Les formes contemporaines de l'esclavage**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **Concluding Observations of the Human Rights Committee: Iran (Islamic Republic of)**. 3 de ago. 1993. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/0a2ad0138084929041256324003c-98c1?Opendocument>>. Acesso em: 13 ago. 2013

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). **Tráfico de pessoas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção contra a Tortura e Outros Tramentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Dez. 1984. 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 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível

em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Relatório A/65/150 do Secretário-Geral das Nações Unidas**. Set. 2010. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=a%2F65%2F370&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a%2F65%2F370&Lang=E)>. Acesso em: 13 ago.2013.

ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA. **Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África**. Set. 1969. Disponível em: <[http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn\\_lisboa/e-oua.html](http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/e-oua.html)>. Acesso em: 19 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Nov. 1969. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113927&ordenacao=1&id\\_site=4922](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113927&ordenacao=1&id_site=4922)>. Acesso em: 20 Ago. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Roberto Luiz; OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto (Org.). **Manual de Direito Processual Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

THÜER, Daniel. **International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context**. Haia: The Hague Academy of International Law, 2011.

## O TERRORISMO E O DIREITO PENAL GENOCIDA

*Rui Carlo Dissenha*

*(Bacharel e Mestre em Direito pela UFPR.*

*Especialista em Direito Penal pela Université de Paris II.*

*Masters in Law in Public International Law with International Criminal Law*

*Specialization pela Leiden Universiteit. Doutorado em Direitos Humanos pela USP.*

*Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná. Advogado)*

### RESUMO

O fenômeno do terrorismo vem demandando intensa atuação da comunidade internacional. Preocupados com a violência, os organismos internacionais em geral e os países em especial vêm tomando medidas para prevenir e reprimir o terror. Todavia, os crimes apontados como atos terroristas não diferem dos crimes comuns e a adoção de um tratamento especial do Direito Penal para a espécie tende a causar mais problemas do que soluções. Afinal, essa reação repressiva se constrói na forma de um Direito Penal do inimigo ainda mais perigoso: o Direito Penal genocida que não se contenta em afastar os inimigos-terroristas, mas pretende sua destruição para a garantia e perpetuação do modelo político ocidental hegemônico.

**Palavras-chaves:** Terrorismo. Direito Penal. Genocídio.

### SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: O FENÔMENO DO TERRORISMO E A RESPOSTA DO PODER
2. SOBRE A REAL MAGNITUDE DO PROBLEMA: 2.1. Há diferenças entre o crime comum e o crime do terrorista? 2.2. Analisando alguns dados 3. TERRORISMO: QUAL A RAZÃO DA CRIMINALIZAÇÃO? 4. A RESPOSTA PENAL AO TERRORISMO:

4.1. O Direito Penal do inimigo; 4.2. O “terrorista” como objeto do Direito Penal do inimigo; 4.3. O Direito Penal do terrorismo: um Direito Penal genocida. 5. CONCLUSÃO.

## ABSTRACT

The phenomenon of terrorism has been demanding strong action from the international community. Concerned about the violence, international organizations in general, as many countries, are taking measures to prevent and suppress terrorism. However, crimes identified as terrorist acts do not differ from ordinary crimes and the adoption of a special criminal treatment for the species tends to cause more problems than to produce solutions. After all, this special repressive response is constructed as an Enemy Criminal Law with even more dangerous consequences: the genocidal criminal law is not designed to simply punish the terrorists-enemies, but is intended to guarantee their destruction and perpetuation of the hegemonic Western political model.

**Keywords:** Terrorism. Criminal Law. Genocide.

## 1. INTRODUÇÃO: O FENÔMENO DO TERRORISMO E A RESPOSTA DO PODER

Iniciada pelos Estados Unidos e alguns países aliados, a luta contra o terror tem sido a responsável pela criação de políticas públicas, nacionais e internacionais, consubstanciadas em medidas de emergência e instrumentos normativos próprios para combater esse fenômeno. A comunidade internacional parece efetivamente envolvida nesse processo de luta contra um fenômeno que, apesar de antigo, tomou outro fôlego a partir do final dos anos noventa e, especialmente, após os ataques às Torres Gêmeas em setembro de 2001. Desde então se constituiu a assim chamada “guerra ao terror”, que é levada a cabo especialmente pelos

Estados Unidos e seus aliados, mas que é acompanhada por quase todo o mundo civilizado.

Tal processo inaugurou-se com mudanças da legislação interna norte-americana que restringiram diversas liberdades individuais em nome da segurança coletiva, mas foi também acompanhada pelo lançamento de duas campanhas militares: inicialmente contra o Afeganistão e, em seguida, contra o Iraque. O governo norte-americano, em 2002, lançou também seu plano de defesa (chamado “Estratégia de Segurança Nacional<sup>1</sup>”) no qual apontou uma lista de “*rogue countries*”, pois vinculados a terroristas. Assim fazendo, a potência determinou uma nova política de polícia que estendeu por todas as partes do globo um recrutamento das medidas de segurança e implicou, ainda, a perseguição, prisão e processamento de um grande número de acusados de participação em ações terroristas em diversos países. As medidas usadas para tanto ficaram conhecidas pelos abusos aos direitos dos detentos, com torturas e extensas prisões sem acusações formais.

Nessa esteira, a comunidade internacional, em conjunto, estabeleceu diversas medidas no que toca à luta ao terror, cultivando como unânime a necessidade de combate e repressão do terrorismo. De fato, agências internacionais se especializaram e criaram metodologias e estratégias de combate ao terror. Segundo as Nações Unidas, ela mesma já foi responsável pela elaboração de dezesseis documentos internacionais sobre a temática<sup>2</sup>, sendo que tanto Conselho de

---

1 HARRIS, 2004, p. 945.

2 Disponível em <<http://www.un.org/terrorism/>>, visitado em 24 de novembro de 2009. A lista de instrumentos das nações unidas para combate ao terrorismo pode ser encontrada em <http://www.un.org/terrorism/instruments.shtml>, visitada em 17.02.2013.

Segurança<sup>3</sup> e Assembleia Geral<sup>4</sup> coordenam esforços nesse sentido. Nessa linha, uma proposta de cinco pilares na luta contra o terrorismo já havia sido anunciada pelas Nações Unidas em 2005 (alargados e explicitados posteriormente<sup>5</sup>). Da sua parte, o Conselho de Segurança estabeleceu um Comitê Contra Terrorismo já no ano de 2001 e indicou obrigações para os Estados, no sentido de reprimirem criminalmente os atos terroristas e o seu financiamento, e de cooperarem na luta contra o terrorismo.

Diante disso tudo, resta pouco aos países que não se adaptar às normativas internacionais. Na mesma linha andou o Brasil que ratificou diversos tratados internacionais e materializou-os em vários Decretos<sup>6</sup>. Especial menção merece o Decreto 4150/02, que, referindo-se à Resolução do Conselho de Segurança, estabelece (no seu artigo primeiro) que: “Ficam as autoridades brasileiras obrigadas, no âmbito de suas respectivas atribuições, ao cumprimento do disposto na Resolução 1390 (2002), adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas

---

3 Vejam-se, por exemplo, as Resoluções do Conselho de Segurança n. 1373 (2001) e 1624 (2005), disponíveis em <<http://daccess-ods.un.org/TMP/4038016.20006561.html>> e <<http://daccess-ods.un.org/TMP/2359148.41294289.html>>, respectivamente, visitados em 17.02.2013.

4 Ver, assim, a Resolução 61/171 de 2006 da Assembleia Geral da ONU (A/RES/61/171), disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/61/171&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/171&Lang=E)>, visitado em 17.02.2013.

5 São eles: “dissuadir grupos de usarem o terrorismo; evitar que terroristas levem ataques a cabo; impedir estados de apoiarem terroristas; desenvolver a capacidade dos estados de prevenir o terrorismo; defender os direitos humanos no contexto do terrorismo e do contra-terrorismo” (ANNAN, 2005).

6 Dentre outras medidas: Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (Nova Iorque, 14 de setembro de 2005 - Decreto Legislativo n. 267/2009); Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (Assembleia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1999 - Decreto n. 5640/2005); Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Barbados, 3 de junho de 2002 - Decreto Legislativo n. 890/2005); Convenção de Prevenção de Terrorismo (Washington, 02 de fevereiro de 1971 - Decreto do Executivo n. 3018/99).

em 16 de janeiro de 2002, anexa ao presente Decreto”. Com a publicação do Decreto, tal diretiva internacional ganha força de lei interna no sistema nacional e estabelece uma exceção à generalidade da lei, individualizando pelo nome, inclusive, contra quem se estabelece a norma no sistema nacional<sup>7</sup>. Recentemente, inclusive, pretendeu-se definir o crime de terrorismo no anteprojeto do novo Código Penal (o malfadado “Projeto Sarney”) – o que não se conseguiu apenas pela quase unânime contrariedade doutrinária ao texto do projeto.

A adoção dessas medidas é de certa forma obrigatória. Um país que não se vincule a esses acordos é visto com desconfiança na comunidade internacional e pode sofrer restrições de toda ordem, já que as grandes potências tendem a beneficiar as nações que aceitam as suas regras e preferências, preterindo aquelas que lhes são refratárias. Um país como o Brasil, cada vez mais inserido no tabuleiro internacional, não teria como atravessar incólume essa movimentação universal de repressão ao terrorismo, embora essa opção produza efeitos perigosos no sistema penal nacional.

O presente trabalho pretende, assim, discutir a adequação e as consequências da repressão penal do terrorista sob um ponto de vista eminentemente crítico. O alarme social e a sensação de perene emergência mundial que o fenômeno estabeleceu forçam um passo no sentido de um Estado de polícia. O Direito Penal criado como resposta ao terrorismo é um Direito Penal de autor que termina em um Direito Penal do inimigo – que, por fim, não é nada além de um Direito Penal de contornos genocidas. Assim, a primeira discussão deste texto é sobre os reais efeitos do fenômeno terrorismo. Ela é pertinente e essencial para que

---

7 No texto da Resolução 1390/2002, repetida no Decreto 4150/02, há referência nominal a quem se dirige a norma: “Decide que todos os Estados devem tomar as seguintes medidas com relação a Osama bin Laden, aos membros da organização Al-Qaida e aos talibãs e outras pessoas, grupos, empresas e entidades que lhes sejam associadas, nos termos da lista estabelecida em cumprimento das resoluções 1267 (1999) e 1333 (2000) [...]”.

se possa, a seguir, discutir as razões que animam essa repressão penal universal e dedicada e, ao fim, como ela pode se tornar em instrumento desumanizador. Finalmente, discute-se como essa guerra penal ao terror abandona o Estado Democrático de Direito e se transforma, ela mesma, em um Direito Penal terrorista.

## 2. SOBRE A REAL MAGNITUDE DA QUESTÃO

### 2.1. Há diferenças entre o crime comum e o crime do terrorista?

É notória a dificuldade de definição do termo “terrorismo”<sup>8</sup>. Isso se explica porque não se trata de um fenômeno homogêneo, já que há diversas realidades diferentes às quais se agrega o conceito: há o terrorismo do radicalismo religioso; há o terrorismo do *freedom fighter*, em oposição a regimes políticos; há o terrorismo das associações criminosas (“*mafias*”); há o terrorismo dos grupos para-militares que se opõem ao governo. Mas não é só: há o terrorismo que sequestra e o que explode, há o terrorismo civil e há o terrorismo de Estado... A dificuldade de definição parece decorrer da complexidade do fenômeno que possui características intrinsecamente diferentes nas várias formas que assume. De fato, não há um único bem jurídico atingido pelo terrorismo ou um único *modus operandi* que possa ser criminalizado, mas de uma miríade de condutas e fundamentos, razões e manifestações, sentidos e direções que impedem o reconhecimento de qualquer homogeneidade que permita a definição clara. Daí que, segundo Zolo, apesar de diversas convenções internacionais existirem sobre o tema, “a incerteza cognitiva e normativa é difusa”<sup>9</sup>.

Ademais, no que toca à descrição das condutas, não há diferença substancial entre um crime comum e um crime terrorista. De fato, do ponto de vis-

8 ZOLO, 2006, p. 127.

9 Idem, p. 128.

ta objetivo, as condutas em comento são todas elas perfeitamente descritas na grande maioria dos sistemas penais contemporâneos. Nem mesmo a alegação de maior violência ou gravidade dos crimes terroristas parece convencer, pois os sistemas penais nacionais, dentre eles o brasileiro, já estão em geral devidamente preparados para lidar com graves espécies criminosas: definições de condutas qualificadas ou agravadas visam, justamente, a resultados, formas e objetivos mais reprováveis.

De fato, ao menos no Brasil, não parece haver necessidade de penas maiores para atos terroristas. Condutas típicas que objetivamente possam amontar à condição de terroristas no sistema penal nacional já são punidas com penas bastante severas. Crimes graves que atentem à vida e à integridade física, ou mesmo ao patrimônio, ficam sujeitos a penas substancialmente altas que podem – dependendo das consequências e número de vítimas – alcançar facilmente o limite de trinta anos de execução. Levando-se em consideração, ainda, os efeitos da legislação especial (pensa-se especialmente no caso da Lei dos Crimes Hediondos), a resposta penal a esses crimes está longe de poder ser considerada branda. Isso se repete, guardadas poucas diferenças, no sistema penal de cada país civilizado<sup>10</sup>. Daí ser duvidoso que a repressão de “crimes terroristas” precise de descrição especial ou de maiores penas.

No que se refere ao elemento subjetivo do crime, não parece haver justificação suficiente para se diferenciar entre o crime cometido com fins terroristas e aquele comumente praticado para qualquer outro fim. De fato, se o terrorismo é um crime sempre doloso, basta a vontade de produção daquele resultado lesivo descrito no tipo objetivo, “guiada pelo conhecimento dos seus elementos no caso concreto<sup>11</sup>”. É óbvio que a prática do crime terrorista é animada por um fim especial – **normalmente** (porque nem sempre o é) aquele de causar medo na

10 ZAFFARONI, 2007, p. 185.

11 ZAFFARONI, 1999, p. 297.

população civil. Mas pode ser também o fim especial de manifestar uma discordância contra um poder dominante, de vingar colegas mortos em luta, de adquirir patrimônio para financiar atividades criminosas, de eliminar dissidentes políticos ou figuras importantes, etc. Também é certo, ainda, que esse motivo especial, na doutrina penal, tem sua utilidade e colocação debatida (como elemento do tipo ou da culpabilidade), variando a doutrina quanto à compreensão da importância ou da utilidade da verificação dos motivos do agente<sup>12</sup>. Finalmente, para o caso do trato do terrorismo, ainda que se tracem diferenças entre aquilo que move um criminoso qualquer e aquilo que move um terrorista, convém perguntar pela utilidade dessa diferenciação. Afinal, se o motivo do crime chega a caracterizar um apenamento maior (como ocorre com o “motivo fútil” no sistema nacional, por exemplo), não se vê razão em apenar, dentre os motivos já valorados negativamente, um motivo em especial de forma mais grave. Se fosse essa a pretensão, o legislador deveria – por questão de igualdade – estabelecer uma grande tabela na qual se definiria qual seria o aumento próprio para caracterizar a reprovabilidade dos ciúmes e da vingança, por exemplo. Essa postura evidentemente não se justifica e, por isso, o melhor é apenar genericamente, deixando ao juiz do caso concreto algum ajuste necessário no momento do cálculo da pena<sup>13</sup>.

Em suma, a repressão dedicada do terrorismo no sistema nacional parece ser redundante. Na linha de Zaffaroni, fica claro entender que estabelecer novos tipos para condutas já definidas na lei penal não tem qualquer utilidade, pois,

---

12 Nesse sentido, por todos, veja-se: SANTOS, 2009.

13 “Definitivamente, se em qualquer hipótese a pena máxima prevista na lei se impõe, o que importa se quem explode um avião em pleno vôo o faz para aterrorizar, para impor suas idéias políticas ou idolátricas, para eliminar do mercado a empresa competidora ou para cobrar um seguro? Se a lei é tão clara e se sempre o foi, não se compreende que efeito prático pode ser buscado com tipos especiais que não dão conta de nenhum vazão de tipicidade e que, pelo contrário, podem confundi-lo completamente e provocar impunidades”. (ZAFFARONI, 2007, p. 186-187, grifos no original).

além de caracterizar um *bis in idem* inútil e inexplicável, ainda arrisca produzir confusão na aplicação de um dispositivo. As soluções já existem, basta que sejam aplicadas<sup>14</sup>.

## 2.2 Analisando alguns dados

Resta ainda saber se a violência provocada pelo terror merece, efetivamente, a preocupação que se tem dispensado a ela. Para tanto, é conveniente uma análise dos dados que se referem ao fenômeno, indicativos da sua letalidade e periculosidade, e a sua comparação com dados referentes a outras espécies de violência.

Estatísticas sobre o fenômeno do terrorismo existem diversas. Embora se possa apontar uma dificuldade e imprecisão sobre esses dados, dada a própria falta de definição do termo, algumas informações disponíveis podem indicar o alcance e, sobretudo, a letalidade do problema. O governo norte-americano, por exemplo, disponibiliza vários instrumentos e fontes sobre as ocorrências referentes ao terrorismo dentre os quais, inclusive, um completíssimo sistema de rastreamento dos incidentes terroristas<sup>15</sup> que ocorreram em dado período de tempo. Há relatórios oficiais periódicos sobre o fenômeno que seguem a definição norte-americana de terrorismo como “violência premeditada e politicamente motivada perpetrada contra alvos não combatentes por grupos subnacionais ou agentes clandestinos<sup>16</sup>”. Segundo o último relatório disponível na página do *Na-*

14 Idem, p. 185.

15 UNITED STATES OF AMERICA. United States Department of State. National Counterterrorism Center. The Worldwide Incidents Tracking System. Disponível em: <<http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/2011/195555.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

16 Definição do United States Code. Title 22, Section 2656f. Disponível em <<http://uscode.house.gov/uscode-cgi/fastweb.exe?getdoc+uscview+t21t25+2679+0+++%28premeditated,%20politically%20motivated%20violence%20perpetrated%20%29%20%20%20%20%20%20%20%20>>

*tional Counterterrorism Center*, “mais de 10.000 ataques terroristas ocorreram em 2011, afetando quase 45.000 vítimas em 70 países e resultando em mais de 12.500 mortes<sup>17</sup>”, sendo que os números indicam crescimento de casos em algumas regiões e redução em outras.

Não restam dúvidas, portanto, que o terrorismo tem produzido um alto número de vítimas. Obviamente, não se pode ignorar que a morte de mais de 12.000 pessoas (apenas no ano de 2011 – contando-se as mortes provocadas desde 2007, o número ultrapassaria a soma de 89.000 pessoas) em todo o mundo em apenas um ano é um número elevado. Nesse sentido, é justificável a atuação das Nações Unidas e dos Estados Unidos, bem como de toda a comunidade internacional.

Todavia, sem obviamente deixar de lado o sofrimento das vítimas do terrorismo, convém comparar esses números a outros. A Associação Brasileira de Medicina no Tráfego aponta que em 2005 houve, só no Brasil, 35.763 mortes no trânsito, número que vem crescendo nos últimos anos<sup>18</sup>. Em outros estudos, esse mesmo número chega à cifra de 36.611 vítimas<sup>19</sup>, para o mesmo ano. Não é à toa que Batista, inclusive, em outra época, já se referiu a essa cifra como “o grande facínora<sup>20</sup>”. Segundo Waiselfisz, referindo-se aos acidentes de trânsito no mundo, “os números apresentados pela Organização Mundial da Saúde (...) são estarrecedores, indicativos de uma real pandemia. Só no ano de 2009, aconteceram perto de 1,3 milhão de mortes por acidentes de trânsito em 178 países do

---

%20%20%20>, visitado em 17.02.2013. A consolidação de leis americanas pode ser consultada em <<http://uscode.house.gov>>, visitado em 17.02.2013, (tradução livre).

17 UNITED STATES OF AMERICA. United States Department of State. Bureau of Counterterrorism. Country Reports on Terrorism 2011: Annex of Statistical Information: July 2012. Disponível em: <<http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/2011>>. Acesso em: 17 fev. 2013. p. 3.

18 JORGE; KOIZUMI, 2007, p. 101.

19 WASELFISZ, 2008, p. 47.

20 BATISTA, 1990, p. 152 e seguintes.

mundo”, sendo a tendência, de aumento<sup>21</sup>.

O braço do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) no Brasil traz outra informação importante: no ano de 2004, o número de mortes por arma de fogo no Brasil foi superior ao de vítimas no Iraque, em plena guerra. Com 40.000 mortes dessa espécie, segundo o representante-residente do organismo internacional em território brasileiro, “num país que está em paz é difícil conceber que haja tantas mortes resultantes da utilização indevida das armas<sup>22</sup>”. A taxa de morte por armas de fogo no Brasil, por 100.000 habitantes, chega à estratosférica medida de 44,2; na Colômbia, 80,5; em El Salvador, 78,1; nos Estados Unidos, 16,0; e na Venezuela, 104,7<sup>23</sup>. Segundo o Núcleo de Estudos sobre a Violência da Universidade de São Paulo, o número geral de homicídios no Brasil, em 2006, foi de 49.106 vítimas<sup>24</sup>. Em reportagem, o site do CONJUR indica que em 2010 houve quase 50.000 homicídios<sup>25</sup>. O estudo da ONU sobre homicídios, realizado em todo o mundo, no ano de 2011, revelou que o Brasil, dentre um número total de 468.000 homicídios cometidos no mundo, tem a taxa de 22,7 homicídios por 100.000 habitantes<sup>26</sup>. Sobre o triste problema da violência na América Latina, Zaffaroni já resumiu a questão, depois de enumerar um parágrafo inteiro de espécies de violações à vida, com a simples conclusão,

---

21 WAISELFISZ, 2012, p. 3.

22 Confira-se a informação em <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=2738>>, visitado em 17.02.2013.

23 WAISELFISZ, 2008, p. 97.

24 Dados apresentados pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. Disponível em <<http://nevsp.org/downloads/bancodedados/homicidios/estados/num-homicidios-regioeseestados-2000-2006.htm>>. Visitado em 17.02.2013.

25 ARMAS, 2011.

26 UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crimes. Global Study on Homicides 2011. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/southerncone//noticias/2011/10-outubro/Globa\\_study\\_on\\_homicide\\_2011\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/southerncone//noticias/2011/10-outubro/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

seguida de agourentas reticências, de que “há mortes...<sup>27</sup>”.

Mas ainda há outros números importantes que merecem lembrança. No Brasil, segundo pesquisa do IBGE apresentada pela Secretaria de Recursos Humanos do Senado Federal, quase 14 milhões de pessoas passaram fome no ano de 2004<sup>28</sup>. Segundo a FAO:

“o número de pessoas subnutridas no Brasil reduziu de 23 milhões (1990/92) para 13 milhões (2010/12). Somente nos últimos três anos, houve uma redução de 15 milhões (2007/09) para 13 milhões (2010/12), representando uma queda de 13%<sup>29</sup>”.

Embora seja necessário celebrar a redução do número de famintos, é fundamental reconhecer também que ainda se trata de uma cifra gigantesca de pessoas malnutridas. Segundo a FAO, ainda, os números da subnutrição no mundo são assustadores: “estima-se que cerca de 870 milhões de pessoas estiveram subnutridas [...] no período 2010-2012. Esse número representa 12.5 por cento da população global, ou uma em cada oito pessoas<sup>30</sup>”.

Diante desses números, que em absoluto são muito maiores do que os danos causados pelo terrorismo, causa espécie o esforço internacional no especial combate a essa espécie de criminalidade. Afinal, levando-se em consideração que a letalidade do fenômeno não é tão grande quando em comparação com outros problemas graves (tais como mortes por armas de fogo ou, mesmo, a fome),

27 ZAFFARONI, 2001, p. 125 (grifos no original).

28 Confrontar os dados apresentados no site do próprio Senado Federal: BRASIL. Senado Federal. Portal do Servidor. Fome: no Brasil, 14 milhões de pessoas passam fome. Publicação digital. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sf/senado/portaldoservidor/jornal/jornal66/utilidade\\_publica\\_fome.aspx](http://www.senado.gov.br/sf/senado/portaldoservidor/jornal/jornal66/utilidade_publica_fome.aspx)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

29 NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 2012.

30 UNITED NATIONS, 2012, p. 8.

e que sua ocorrência é localizada (pois se trata de um fenômeno normalmente regionalizado), é de se perguntar por qual motivo a comunidade internacional se preocupa tanto com esse fenômeno.

### 3. TERRORISMO: QUAL A RAZÃO DA CRIMINALIZAÇÃO?

Embora sempre tenha existido, o fenômeno do terrorismo se intensificou depois da Segunda Guerra mundial e, sobretudo, com os conflitos contemporâneos da Palestina. Todavia, é sem dúvidas a partir dos anos noventa, especialmente a partir da Guerra do Golfo levada a cabo pelas potências aliadas capitaneadas pelos Estados Unidos, que o fenômeno se recrudescer e passa a ser praticado de forma organizada<sup>31</sup>.

De fato, desde então o terrorismo vem sendo apresentado como um problema mundial que demanda uma resposta internacional coesa, contundente e dura. Embora indefinível, Zolo identifica as principais características que a comunidade internacional reconhece ao fenômeno: o terrorista é um fundamentalista que representa.

“[...] a vontade dos países não ocidentais – particularmente o mundo islâmico – de submeter a civilidade ocidental juntamente com os seus valores fundamentais: a liberdade, a democracia, o Estado de direito, a economia de mercado”; além disso, o terrorismo busca essa destruição da forma mais violenta possível e, nesses termos, o terrorismo representa a epítome da “irracionalidade, do fanatismo e do niilismo” que compõe o “ódio teológico contra o Ocidente difundido pelas

---

31 ZOLO, 2006, p. 127.

escolas corânicas fundamentalistas<sup>32</sup>”.

Todavia, pode-se entender que a postura contra hegemônica dos assim chamados “terroristas” tem um fundamento muito menos irracional do que se pretende reconhecer. Não parece ser coincidência o fato do fenômeno do terror se ter acentuado a partir da Guerra do Golfo<sup>33</sup>. Naquele evento, a maior potência militar mundial, acompanhada por uma aliança de várias outras potências, travou uma guerra imensamente desproporcional contra um país islâmico já alquebrado do Oriente Médio. Nesse processo, conseguiu plantar suas bases naquela região e iniciou também lá o processo que caracteriza a globalização mundial: a pretensão de “expansão de mercados consumidores” que teve o condão de produzir não a circulação de cultura, valores e facilidades em geral, mas, sim:

“a falta de consenso, a mundialização do terrorismo, a abertura de mercados e a integração de blocos econômicos europeus e americanos, disputando entre si hegemonias de lucro, certeza de ganho e estabilidade monetária<sup>34</sup>”.

Não se deve esquecer que todo esse processo se deu, nas palavras de Zolo, “submetendo definitivamente as expectativas de resgate do povo palestino e submetendo-o a um irreversível etnocídio<sup>35</sup>”.

Se na primeira Guerra do Golfo essa condição não era aparente, na segunda Guerra ao Iraque e ao Afeganistão tornou-se evidente que se tratava de uma

32 Idem, p. 133-134.

33 Idem, p. 127-139.

34 BITTAR, 2009, p. 327-328.

35 ZOLO, 2006, p. 134.

guerra de invasão disfarçada. Se a legalidade daquela primeira invasão americana pode ser defendida na linha das atuais “guerras humanitárias” ou “de defesa”, o mesmo não se pode dizer das invasões mais recentes, criticadas pela comunidade internacional. De qualquer forma, a consequência maior é, certamente, a inclusão dos Estados Unidos em um mercado que até então estava em discussão durante a Guerra Fria. Nesse sentido, não se trataria da luta pela liberdade, mas da busca por novos mercados consumidores, fontes de matéria prima e segurança política para novos negócios.

Nessa toada, o ressurgimento do terrorismo nos anos noventa poderia ser visto também como a reação a um novo colonialismo<sup>36</sup>. Novamente, os colonizados não dispõem de meios para lutar de igual para igual com o invasor. A forma convencional de guerra, com um exército fardado, armado e garantidor das Convenções de Genebra, está fora de alcance para os novos colonizados, especialmente porque é impossível se colocar em condição de paridade de armas frente à maior potência bélica do globo e seus aliados. Sobram apenas as altamente eficientes técnicas de guerrilha, situação muito comum nas pós-modernas “guerras assimétricas<sup>37</sup>” características dos anos oitenta adiante<sup>38</sup>, onde um inimigo é muito maior em poder militar do que o outro. O terrorismo, assim visto, não seria uma agressão ao ocidente, mas uma “resposta estratégica à hegemonia do mundo ocidental<sup>39</sup>”.

---

36        Idem, p. 135.

37        BELLANCA, 2004.

38        Tratando dessa nova espécie de “slow approach” na guerra, a guerra de guerrilha, HERRMANN e PALMIERI já apontaram que “se tratavam de modos de guerra marginais até o fim dos anos 1980” (HERRMANN; PALMIERI, 2003, p. 42, tradução livre).

39        Segundo ZOLO, na realidade, “o terrorismo que se desenvolveu dentro do mundo árabe-islâmico – inclusive aquele suicida – é uma resposta estratégica à hegemonia do mundo ocidental, é uma revolta contra a potência vencedora e seus instrumentos de destruição em massa e ao mesmo controle militar que exercita sobre o território dos países que estão historicamente sob o Islã”. (ZOLO, 2006, p. 135, tradução livre).

Ou seja, nessa ótica, o terrorismo seria a forma de oposição à nova proposta totalizante que pode terminar por produzir uma ditadura global<sup>40</sup> capaz de promover formidáveis alterações na sociedade do país ao qual se aplica. Essa proposta vem acompanhada de uma pretensão de democratização de todo o Oriente Médio<sup>41</sup> que é rechaçada pelos autóctones através de uma forma de luta diferente daquela definida nas Convenções de Genebra – na verdade, a única forma pretensamente eficiente de que dispõem para fazer frente ao invasor.

A proposta do terrorista pode ser vista, portanto, como uma resposta política. Afinal, o “terrorista” não aceita placidamente o novo modo de viver que se lhe pretende impor. Seu modo de vida, sua religião e sua família não se parecem com o modelo ocidental tradicional, assim como seus hábitos não são facilmente assimiláveis pelo modelo padrão do invasor. Sua recusa à aceitação do sistema produtivo fundamentado no trabalho extenuante, no consumo desenfreado, no individualismo e no apego ténue a alguns parcos preceitos morais (em suma, sua negativa à forma de viver ocidental) provoca óbvios conflitos. Mas como o modelo contemporâneo ocidental não pode se negar à dominação dos novos territórios, pois precisa de mais mercados, de novas fontes de matéria-prima e de força de trabalho, o embate entre as duas realidades é inevitável.

É justamente por isso que aquela porção do planeta, que não havia ainda sido atingida pelo modelo ocidental de sociedade, é a que produz a maior parte das vítimas do “terrorismo”. É nas bordas do mundo ocidentalizado que está a porção da população mundial que se recusa a ser consumidora dos valores ocidentais, o que cria o conflito entre os “cidadãos” e os “inimigos”. Aliás, esse novo inimigo se recusa até mesmo a lutar segundo as convenções de guerra constituídas pelo Ocidente (na verdade, pelo eixo Europa-América) e segundo as quais é necessária uma declaração formal de guerra, o uso de uniforme e um sem

---

40 ZAFFARONI, 2007, p. 15-16 (grifos no original).

41 Idem, p. 136.

número de regulamentos específicos. Por isso mira suas armas contra a população civil inimiga e não se preocupa em poupar inocentes. Mas a sua maior arma é, na verdade, a discordância figadal contra o modelo que se pretende impor à sua realidade de vida, suas posições e suas crenças centenariamente assentadas, catalisadas pela crença religiosa fanática de algumas seitas religiosas.

Nessa perspectiva, o terrorismo não passaria de uma luta política. Mas é justamente por isso, por se tratar de política contra hegemônica, que a sua definição é tão complexa e difícil e só pode ser construída em um processo vertical, a partir do poder dominante. Não há, de fato, diferença objetiva entre um ato de crime comum e um ato terrorista: o que diferencia os atos terroristas de atos comuns não é a qualidade do ato em si, mas, sim, a qualidade de quem o realiza. Parece evidente que, se não há distintivos objetivos que possam identificar o atentado terrorista, o qualificador não parte do reconhecimento de um elemento do objeto, mas se caracteriza como uma identidade anexada ao próprio objeto, uma etiqueta que é colada a ele pelo próprio poder que define o crime. Daí a existência de um processo de “terroristização” capaz de converter atos classificáveis como crimes comuns em atos ditos terroristas<sup>42</sup>.

Finalmente, se “terrorista”, bem como o seu crime, é aquilo que o poder dominante determinar que é, então se pode dizer que não há “atos terroristas”, mas, sim, atos “terroristizados”. O neologismo indica um processo que, encaixado pelo poder político, de certa forma, impõe e determina quais correntes de pensamento são admitidas e quais merecem repressão penal. Ao tachar este ou aquele fim como caracterizador de uma conduta terrorista, o poder público extrai do alcance de uma norma certa, clara e justa, determinada conduta (um homicídio qualificado pelo uso de explosivos, por exemplo) e a submete a uma

---

42 Segundo BELLANCA, na National Security Strategy, especificamente, ocorre uma: “inversão semântica [que] indica que são terroristas todos aqueles que os EUA indicam como inimigos” (BELLANCA, 2004, tradução livre).

nova definição. Mas essa definição não tem mais uma base ontológica – é apenas uma nova categoria que nada tem de verificável na realidade, mas que depende de uma descrição meramente normativa, vinculada ao conteúdo axiológico do poder então vigente.

A punição do terrorista poderia se dar, assim, apenas porque ele é diferente do padrão geral na forma de pensar, de agir e de entender. Nessa condição, o terrorista é como o bárbaro na Roma antiga: é incompreensível e imprevisível (suas ações são estranhas e é mesmo impossível entender o que fala), além de contrário ao poder, e, por isso, dado o risco que representa para o modelo padrão, esse terrorista precisa ser anulado. Para tanto, como se sabe, não há ramo do Direito mais útil do que o Direito Penal.

## 4. A RESPOSTA PENAL AO TERRORISMO

### 4.1. O Direito Penal do Inimigo

Se o poder que pretende dominar precisa de instrumentos de lida com a nova realidade, a criação de um modelo de luta contra o terrorismo permite excelentes respostas e implica a desculpa perfeita para a criação de normativas e rotinas adaptadas às novas necessidades. Nas palavras de Zaffaroni, “a nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em todos os países do mundo”. Assim, a defesa “**não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados**, mas sim do nebuloso terrorismo” justifica a adoção de medidas de guerra preventiva, mas também outras medidas mais prosaicas como a restrição indeterminada da liberdade sem acusações formais, por exemplo, quando não a destruição físi-

ca<sup>43</sup>. Essa nova proposta penal, que goza de amplo apoio popular e é alimentada diuturnamente pela mídia, vem eficientemente construída pelo assim chamado Direito Penal do inimigo que, na sua forma arquitetada por Jakobs, desempenha um papel importantíssimo.

Como se sabe o autor alemão entende necessário que o Direito Penal diferencie duas posições na sua atuação: o tratamento do cidadão (cujas condutas são de certa forma previsíveis) e o tratamento do inimigo, que, imprevisível, precisa ser bloqueado, porque perigoso<sup>44</sup>. Essa construção tem sua razão de existir. Analisando a conjuntura jurídica alemã dos anos oitenta, Jakobs passa a reconhecer como evidente um Direito Penal de duas velocidades. Para o cidadão, há um direito penal de fato, que é reprovado na medida da culpabilidade e expresso pela conduta criminosa punível. Para o chamado “inimigo”, aquele que não se encaixa na condição de cidadão, há um Direito Penal de periculosidade, fundado no risco que aquela pessoa representa para a sociedade e, por isso mesmo, fundamentado não no fato, mas no autor e nas suas características pessoais. Enquanto aquele é um Direito Penal de repressão, que se aciona apenas após lesionado o bem jurídico, este é um Direito Penal evidentemente preventivo. Ambos, explica o óbvio: a antecipação da penalização e a supressão das garantias processuais constrói um inimigo que não goza da condição de cidadão<sup>45</sup>.

Essa seria uma consequência natural do sistema penal moderno que giraria em torno de dois elementos: a garantia dos direitos do cidadão frente ao poder punitivo e a necessária proteção do cidadão frente à criminalidade. A necessidade de liberdade e segurança são os polos de uma “tensão estrutural, mas não dialética enquanto incapaz de produzir uma síntese”<sup>46</sup>, que produz o conceito de

43 ZAFFARONI, 2007, p. 66 (grifos no original).

44 JAKOBS, 2007, p. 19.

45 AMBOS, 2007, p. 42.

46 PAVARINI, 2007, p. 8.

inimigo, pois, para que se garanta a segurança é sempre necessária uma lesão à liberdade. E se a regra é a garantia da liberdade do cidadão, a exclusão da liberdade de alguém é imperativa.

A segurança, portanto, demanda a necessidade de atuação preventivamente para que se protejam os bens jurídicos, sobretudo com o aumento progressivo do número de bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal. Todavia, a antecipação da punição envolve sempre um exercício de futurologia, pois implica a previsão de que determinadas formas de agir ou de ser indicam risco aos bens jurídicos. Isso é passo essencial para a antecipação do Direito Penal contemporâneo que, ao contrário do Direito Penal mínimo, busca neutralizar os riscos.

É, assim, necessário reconhecer os possíveis e prováveis indivíduos que podem pôr em risco os bens jurídicos. Esse alguém, sacrificado em nome do binômio liberdade-segurança é o indivíduo considerado “perigoso ou daninho” ou, de regra geral, é o estrangeiro (*hostis alienigena*), mas em um conceito mais amplo, referente a todos aqueles:

“**que incomodam o poder**, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como estranhos, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos<sup>47</sup>”. (grifo nosso)

O sujeito imprevisível demanda um tratamento especial pelo Direito Penal capaz de anulá-lo antes que venha a lesionar um bem jurídico, o que é inevitável. Esses são os inimigos que não podem ser considerados como pessoas,

---

47 ZAFFARONI, 2007, p. 22-23.

pois, se o forem, se lhes deve ser reconhecida a liberdade, o que poderá implicar a insegurança. Daí o surgimento, segundo Pavarini<sup>48</sup>, de um Direito Penal de garantias para os cidadãos ao lado de outros sistemas penais para aqueles que não podem ser considerados como “pessoas” e, portanto, devem ser classificados como “inimigos”, porque perigosos.

Nesses termos, o liberal Jakobs entende inevitável o reconhecimento desse Direito Penal do inimigo justamente para que seja limitado e, assim, se garanta o Direito Penal do cidadão. Afinal, o autor alemão sabe do risco de que as exceções do Direito Penal do inimigo acabem por contaminar todo o Direito Penal, criando um risco generalizado<sup>49</sup>. Seria, portanto, uma “proposta tática de contenção<sup>50</sup>” segundo a qual a diferenciação entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), determinando para estes um “compartimento estanque do direito penal”, resguardaria todo o restante do Direito Penal liberal de intrusões nocivas e anti-garantistas, de forma a criar uma “quarentena penal do inimigo”. Em suma, a partir do reconhecimento dessa realidade nociva para o Direito Penal liberal já que provocava o endurecimento legislativo, Jakobs passa a defender a sua existência como garantia de proteção do próprio Direito Penal liberal<sup>51</sup>.

Como indivíduo por excelência imprevisível, é sobre o terrorista que se lança o Direito Penal do inimigo, buscando a sua anulação e, com isso, a segurança jurídica do próprio poder hegemônico. Para os terroristas, como inimigos que são, como soldados de um exército que não se pode vencer segundo as regras da guerra estabelecidas pela comunidade internacional, é necessário um Direito Penal de neutralização e incapacitação seletiva, até um Direito Penal do extermí-

---

48 PAVARINI, 2007, p. 9.

49 JAKOBS, 2007, p. 27.

50 ZAFFARONI, 2007, p. 156.

51 *Idem*, p. 157.

nio, que, apesar de não ser expresso, está implícito na teoria de Jakobs<sup>52</sup>.

Essa espécie de resposta não é nova, pois toda a repressão penal se dá dessa forma. Segundo Pavarini, seletiva que é, a justiça penal escolhe, trata e pune aqueles que são construídos socialmente como inimigos: a missão da justiça penal é “prevalentemente aquela de transformar os transgressores da norma penal em criminosos, ou seja, sujeitos perigosos e, portanto, em inimigos”. Dessa forma, o sistema penal é um construtor de criminosos e é justamente essa a razão pela qual a pena aplicada é sempre recebida com hostilidade<sup>53</sup>. Essa é a essência do assim chamado “Direito Penal do Inimigo” para Pavarini: segundo o autor, a construção de Jakobs somente se equivoca em identificá-la como a porção excepcional do Direito Penal. Afinal, quase todo o Direito Penal é desenhado para a repressão do inimigo que, nas palavras do professor de Bologna, é a “*vecchia canaglia* produzida pela exclusão social [...] [os] sujos, feios e maus<sup>54</sup>”. O “direito penal do cidadão”, que Jakobs entende ser a regra geral, na verdade é a exceção, pois não funciona: “só um direito penal que não funciona – se não simbolicamente – porque os atores sociais envolvidos nele possuem suficiente imunidade ou capacidade de resistência do/ao sistema, pode ser permitir o luxo de ser um direito penal do cidadão<sup>55</sup>”.

Ou seja, aquele sobre quem se aplica o sistema repressivo é quem se quer excluir do convívio comum. A *vecchia canaglia* de Pavarini é o objetivo da legislação penal hostil e se constitui nos excluídos da sociedade – aqueles que não trabalham e não consomem. Para esses indivíduos se guarda um sistema que pretende reconstruir o cidadão, mas que, dada a impossibilidade de ressocialização, se contenta em mantê-lo longe, nas penitenciárias ou nas favelas.

---

52 PAVARINI, 2007, p. 9.

53 Idem, p. 11.

54 Idem, p. 11.

55 Idem, p. 13.

E aqui reside uma diferença importante entre o criminoso comum e o terrorista que merece comento.

#### 4.2. O “terrorista” como objeto do Direito Penal do inimigo

O criminoso comum, esse “cliente” do sistema penal, o criminoso do dia-a-dia, não é um caso de todo perdido para a sociedade ocidental, pois pode ainda ser assimilado. De fato, se esse excluído tiver à sua disposição os meios econômicos – basta que arrume um emprego, por exemplo – ele passa a ser desejado pelo sistema como detentor de bens e recursos financeiros. Nessa condição, ele ascende economicamente e lhe é, assim, garantido o acesso ao mercado e à sociedade em geral em um processo em que o indivíduo passa de excluído descartado a cidadão produtivo e consumidor, transformando-se de resíduo desnecessário e incômodo a preciosa matéria-prima capaz de manter e fazer crescer o próprio sistema econômico e social contemporâneo.

Isso é possível porque todos aqueles que nascem e crescem no mundo dito civilizado conhecem os seus princípios e estão sujeitos às forças gerais que modificam o homem. Os sistemas mediáticos, o sistema educacional (quando pode ser aplicado, ainda que apenas nos primeiros anos da escola básica), os sistemas políticos, o sistema produtivo, as forças policiais, as famílias, todos ajudam o indivíduo a compor o seu processo de socialização, de forma mais ou menos “ajustada”. De qualquer forma, o indivíduo nesse meio se constitui com potencialidade de ser cidadão ou excluído-inimigo, sendo que para cada uma dessas possibilidades há um destino certo: a exclusão social ou os *shopping centers*. É até possível o trânsito entre essas condições, ainda que excepcional, e ela se pode dar nas duas direções: tanto pela valorização do cidadão que se reconstitui como tal a partir dos restos sociais quanto o caso do indivíduo que degrading de alto ao baixo da sociedade (da cidadania exemplar ao restolho social reificado),

pronto para ser excluído pelo sistema.

De qualquer forma, o Direito Penal do inimigo, então, é a resposta que o sistema social contemporâneo guarda para o excluído – sempre tratado como inimigo. A sua própria presença incômoda pode ser criminalizada, identificando-se um Direito Penal de autor em lugar de um Direito Penal da conduta. As penas tendem a ser cada vez maiores e pesadas, mantendo os cárceres abarrotados de condenados sob o controle do Estado: as cadeias públicas superlotam, pois ao menor sinal de periculosidade é dever do Estado manter o sujeito devidamente neutralizado, ainda que em condições sub-humanas, enquanto se aguarda o fim do processo que vai confirmar a aplicação antecipada de uma efetiva pena criminal<sup>56</sup>.

O Direito Penal do cidadão, diferentemente, se reserva para aqueles que são tidos como confiáveis e que não precisam ser excluídos. São a exceção e, por serem capazes de se defender (entenda-se economicamente), em geral escapam à repressão. Os poucos dentre eles que são alcançados pelo sistema penal e, por azar, não conseguem escapar à repressão através do pagamento de multas, serviços, ou penas alternativas, se tornam símbolos. São penalizados duramente, tratados como demonstração de eficiência do Estado e apresentados na mídia também como efetivos inimigos, compondo justamente os casos de cidadãos que tombam da condição de grandes empresários, políticos ou funcionários públicos para o fundo da massa de excluídos.

Todavia, o terrorista não parece se encaixar na condição de inimigo-excluído pelo Direito Penal ou na condição de cidadão. Afinal, a imagem do terrorista é característica de outra espécie de conflito.

Já se disse que, especialmente nos anos oitenta e noventa, a busca por novos mercados e territórios de exploração se estende e provoca um novo con-

---

56 ZAFFARONI, 2007, p. 70.

flito de realidades: a chegada do modelo ocidental em novas regiões contraria os autóctones e provoca conflitos. A resposta à nova colonização é natural, ainda que mais violenta do que a que comumente se faz. O nativo, diferentemente do criminoso comum, se recusa a se aprumar com o novo modelo. Porque conhece uma realidade alternativa, não aceita o modelo geral ocidental de Estado de Direito, laicidade, direitos humanos e democracia. Pretende preservar seu modo de vida intocado pelo modelo ocidental.

Esse novo inimigo demanda uma resposta diferenciada do sistema repressivo. Note-se, o inimigo tradicional ocidental – a *vecchia canaglia* – bem se adapta ao modelo vigente, pois nele se constitui como indivíduo. Cedo o excluído se acostuma à própria exclusão: trabalhando de quando em quando, sendo preso às vezes e aceitando, com certa naturalidade, a violência que se lhe impõe como “inevitável”. Mas não deixa de ser um potencial cidadão: se lhe for dada educação, dinheiro e um emprego razoável e ele passará a ser um consumidor voraz, o que lhe garante aceitação social. Esse inimigo, simplesmente porque não conhece outra realidade e porque não tem outra opção, consegue com certa facilidade, dadas algumas condições mínimas, adaptar-se ao modelo de civilização ocidental para se tornar um “cidadão”, ainda que sub-empregado, faminto e habitando em favelas.

Todavia, essa mesma solução não serve para o terrorista. Afinal, construído por uma realidade diferente, sua postura contra o modelo que se lança contra si é de cunho político. O novo inimigo não quer essa nova opção e não se adapta a ela como o inimigo tradicional ocidental. Por isso, o sistema penal tradicional a ele não se aplica simplesmente porque o sistema ocidental não consegue modificá-lo adequadamente e a sua exclusão – dado o grande número de novos inimigos e a sua incapacidade de aprender as novas regras – é inviável. Assim, resta ao sistema repressivo construir um modelo que esteja apto a anular esse novo inimigo, agora descrito como terrorista.

### 4.3. O Direito Penal do terrorismo: um Direito Penal genocida

Apesar da necessidade de exclusão desse inimigo do seio social, segundo Pavarini, “na narrativa hegemônica da pós-modernidade não existe nenhuma Austrália a se colonizar<sup>57</sup>”. Portanto, o medieval degredo está fora de questão.

No caso do inimigo comum, a solução é o seu afastamento para a margem do sistema econômico, na condição de consumidores oportunistas (quando consomem pouco, mas o fazem) ou na condição de criminosos. No primeiro caso, sua função é menos importante (porque inconstante) do que no segundo, já que como condenados garantem o exemplo na forma da prevenção geral, informando a todos os efeitos da não aceitação do modelo hegemônico. A transformação de alguns deles em inimigos sociais torna dispensável destruí-los e permite o exemplo para que toda a sociedade compreenda o sistema. Como serão, então, sempre cidadãos em potencial, *piano piano*, o aquecimento da economia e programas governamentais assistencialistas permitirão incluí-los nas rebarbas da sociedade, já que se contentam com muito pouco.

Todavia, no caso do terrorista o problema é mais grave. O Direito Penal especializado que ele demanda marca a passagem de um modelo liberal, que separa bem a culpabilidade do criminoso da periculosidade do desviante, a um modelo totalitário que confunde culpabilidade e periculosidade pela valorização pragmática da associação entre defesa social e segurança do Estado. Essa nova condição dá ensejo à necessidade de neutralização e eliminação daquele visto como inimigo<sup>58</sup>.

Criar o inimigo-terrorista, portanto, corresponde ao objetivo totalizante do sistema, construído para não ser democrático. Afinal o processo de terroristi-

---

57 PAVARINI, 2007, p. 12.

58 DELMAS-MARTY, 2007, p. 21-37.

zação legítima a proposta de um sistema seletivo e descuidado dos objetivos de um Estado democrático e comprometido com a garantia dos direitos humanos. É, de fato, mais simples, e produz melhores frutos, fazer valer um direito de controle totalitário no plano internacional, sob a escusa da luta contra um inimigo terrível, do que universalizar as oportunidades de acesso à garantia aos direitos humanos.

De qualquer forma, o próprio sistema repressivo se encarrega da exclusão dos terroristas. Faz isso, primeiro caracterizando todas as suas condutas desviantes como atos terroristas, mesmo que sejam objetivamente iguais às condutas praticadas pelos inimigos tradicionais, que são classificadas como crimes ordinários. Depois de aplicar-lhes esse rótulo, enquadra essa nova categoria em outra espécie de crime com conseqüências processuais e procedimentais também novas: o uso “lícito” da tortura, prisões arbitrárias, confinamento sem acusação formal, etc. Através do processo de terroristização permite-se a destituição da dignidade, da liberdade, da integridade física, dos direitos de defesa, dos direitos políticos e mesmo do direito à vida<sup>59</sup> dos acusados de atos terroristas. O fim único é claro: anular essa afronta ao modelo ocidental eliminando toda possibilidade de contrariedade ao sistema padrão.

Note-se que não se trata de um mero processo de exclusão social, mas, sim, um processo de destruição de inimigos porque esse indivíduo acredita em outro modelo civilizatório. Não se trata de um simples direito penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele é. O Direito Penal do terrorismo é um Direito Penal que pune porque o indivíduo pretende a liberdade contrária à liberdade como se imagina no mundo ocidental. Ora, o que se pune, portanto, é uma **pretensão política**: a busca por uma condição que o Estado contemporâneo não consegue dar. Busca-se uma opção diferente daquilo que é hegemônico e infelizmente carac-

---

59 Ver os assassinatos seletivos praticados contra líderes terroristas pelo governo de Israel e, por drones, pelos Estados Unidos, por exemplo.

terizado por um sistema de educação massificado, um sistema de saúde pretensamente eficiente, um sistema jurídico dito justo e igualitário, uma regularidade de ganho disponibilizada pelo trabalho assalariado, uma cultura pasteurizada e tudo o mais que acompanha essa realidade pré-programada vendida sob o título de Estado Democrático de Direito.

Ora, isso não passa, portanto, de um Direito Penal de cunho genocida. Se se trata de um instrumento de exclusão de posturas políticas de oposição por meio da destruição dos indivíduos que apoiam esse dissenso, o sistema repressor em nada difere de qualquer processo genocida que se tenha instalado na história humana. É certo que não se trata de um modelo que destrói com fundamento em questões “raciais, étnicas, nacionais ou religiosas”, como aponta a Convenção de Genocídio de 1948. Mas o faz como atos efetivamente destinados a destruir, no todo ou em parte, um grupo que apresenta uma postura política que não se encaixa no modelo ocidental padrão. É essa, efetivamente, a definição de genocídio político.

É certo que a figura do genocídio político é controversa. A Convenção de Genocídio, por exemplo, deixa de fora de sua proteção os grupos políticos e culturais. Essa posição se explica a partir dos debates realizados durante a própria Convenção de 1948, quando, ao aventar-se a inclusão de tais grupos, a objeção foi lançada pela então União Soviética, aduzindo, segundo Canêdo<sup>60</sup>, que: a) grupos políticos e culturais não apresentam características “estáveis, permanentes e homogêneas; b) o termo “políticos” é demasiadamente amplo para que se chegue a uma interpretação objetiva adequada; e c) a proteção de grupos políticos poderia ensejar interferências indevidas das Nações Unidas na ordem política dos Estados. Mas, lembra Canêdo:

“[...] se é possível identificar opositores políticos ou

---

60 CANÊDO, 1998, p. 93.

peças componentes de partidos políticos para efeito de falar-se em desaparecimentos forçados – crime internacional –, por que não fazer valer os mesmo parâmetros para o genocídio<sup>61</sup>?”

Por isso, classificar o Direito Penal do terrorismo como Direito Penal do inimigo não é errado, mas é incompleto. O objetivo é sempre o de excluir. Mas enquanto o Direito Penal do Inimigo reserva alguma esperança a alguns dos seus excluídos, já que como instrumento que é do poder hegemônico, interessa-lhe o indivíduo como objeto (donde extrai seus frutos econômicos, seja como consumidor, seja como trabalhador, seja como exemplo do que acontece com quem não aceita todas as suas regras), o Direito Penal do terrorista visa à exclusão e anulação do inimigo do sistema ocidental que se pretende espalhar. Não é à toa que esse Direito Penal, para cumprir sua função de eliminação do inimigo imprevisível, do seu *hostis*, usa inclusive de um processo de desumanização de ordem massiva: a guerra.

Um exemplo parece esclarecer. A tortura é instrumento absolutamente indignificante e há tempos há um consenso mundial acerca da sua inadmissibilidade em qualquer situação, sendo, inclusive, alçada à condição de crime internacional. No caso do Direito Penal do inimigo, aquele que se lança contra o excluído comum, a tortura é largamente usada pelo poder público, mas sempre de forma velada. Não se reconhece, não se assume e, verificada, é negada veementemente. No caso da luta contra o terror, diferentemente, há movimentos políticos e jurídicos que pretendem justificar o uso da tortura oficial quando em situações de extrema necessidade (como no falacioso argumento da *ticking bomb*). Em outras palavras, enquanto o Direito Penal do inimigo é, em geral, sorrateiramente de-

---

61      Idem, p. 96-97.

sumanizador, o Direito Penal genocida desenhado para o terrorismo, espécie do primeiro, é abertamente desconstrutor da humanidade.

Em suma, imaginando o terrorista como aquele que não aceita pacificamente o projeto político da modernidade e da pós-modernidade, a repressão do terrorismo – veja-se, não do ato terrorista que é, em essência, um crime comum – é, sim, a expressão de um Direito Penal que quer afogar uma postura política. E, por isso, vai além de um direito penal do inimigo: é, na verdade, um Direito Penal genocida.

## 5. CONCLUSÃO

É importante que se deixe claro que não se discute sobre a óbvia necessidade de repressão dos atos terroristas. Condutas violentíssimas lançadas especialmente contra a população civil merecem, sim, uma sanção penal adequada. Todavia, não é certo entender necessária uma repressão especializada desse crime simplesmente porque é qualificado como “terrorismo”, pois se trata este de um conceito vazio que atende, apenas, a uma função de controle político. Na medida em que se desenha para destruir e aniquilar inimigos que discordam do modelo ideológico e econômico vigente, o Direito Penal especializado para o terrorismo é genocida porque serve apenas para isso: anulação de cidadão que pensa de forma diferente daquela que sustenta o *status quo*.

Causa certo estranhamento, todavia, o apoio popular de que essa nova proposta violenta goza. Afinal, se o modelo de poder pós-moderno chega a ser em certos momentos desumanizador, castrador e reificante – o que já foi reconhecimento vastamente pela crítica em vários ramos – menos incontestemente deveria ser sua aceitação.

Talvez seja na estratificação da alma das teorias psicanalíticas da criminalidade que se encontre uma explicação para esse fenômeno, pois o apoio

à destruição do terrorista talvez seja a resposta para acalmar a vergonha do ocidental de não se pôr contra o modelo hegemônico. De fato, parece causar enorme constrangimento o fato de que existe um sujeito capaz de lutar contra o modelo dominante de forma tão feroz que aceita dar a sua vida para não ser integrado ou assimilado. E processos psicológicos específicos talvez se iniciem dentro do íntimo do cidadão ocidental, já docilizado pelo sistema, punindo-o pela aceitação alienada que produz e reproduz as relações de dominação em que foi criado, enquanto outros, lá nas rebarbas do mundo “civilizado”, “barbaramente” se lançam à morte contra o mesmo modelo que já cooptou o ocidental. A culpa desse cidadão se manifesta talvez ao ponto de justificar como adequada a desumanização desse inimigo quando, na verdade, deveria vê-lo como herói da resistência – o herói pós-moderno que se constitui diante do desaparecimento do soldado-herói, levado à extinção pelo moderno sistema de guerra tecnológica travada a distância<sup>62</sup>. Afinal, e sem endossar qualquer forma de apoio à violência como instrumento de luta política, o que é veementemente rechaçado pelo autor deste trabalho, é de se reconhecer que o terrorista, ele sim, é emancipatório.

De qualquer forma, uma resposta penal especializada para o terrorismo não tem vantagem alguma além da manutenção facilitada desse modelo hegemônico. Pelo contrário, como se viu, o descambar do Direito Penal para um Direito Penal do inimigo e, por fim, a um Direito Penal genocida, desumanizador e reificante como o modelo a que serve, é consequência da sua vinculação ao modelo político vigente por meio da destruição, inclusive física, ou do apoio a tanto, de um grupo político que se opõe ao que quer que seja.

Mais do que isso, pela seleção pontual de posições políticas como objeto de criminalização, o Estado de Direito se desvirtua em Estado de polícia, pondo

---

62 Sobre o tema, ler: SHEEHAN, 2009.

em risco os próprios princípios que constroem a democracia. Nas palavras de Bellanca, nessa guerra ao terror que vem sendo travada em alguns cantos do mundo, e que pretende ser importada em território nacional, “o Estado se faz terrorista para forçar os terroristas a se tornarem guerrilheiros<sup>63</sup>”.

## REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. Il Diritto Penale del Nemico. In: DONINI, Massimo; PAPA, Michele (a cura di). **Diritto Penale del Nemico: un dibattito Internazionale**. Milano: Giuffrè, 2007. p. 29-64.

ANNAN, Kofi. **A Global Strategy for Fighting Terrorism**: Discurso no *Plenary of the International Summit on Democracy, Terrorism and Security*. Madrid, 10 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.un.org/sg/statements/?nid=1345>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

ARMAS de fogo causaram 70% das mortes no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, 12 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-12/armas-fogo-causaram-70-mortes-brasil-2010>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BELLANCA, Nicolás. **Elementi di un’analyse del terrorismo contemporaneo**. Publicação digital. 2004. Disponível em <<http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/terroris.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRASIL. Senado Federal. Portal do Servidor. **Fome: no Brasil, 14 milhões de pessoas passam fome**. Publicação digital. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sf/senado/portaldoservidor/jornal/jornal66/utilidade\\_publica\\_fome.aspx](http://www.senado.gov.br/sf/senado/portaldoservidor/jornal/jornal66/utilidade_publica_fome.aspx)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

CANÊDO, Carlos. **O Genocídio como Crime Internacional**. Belo Horizonte:

Del Rey, 1998.

DELMAS-MARTY, Mireille. Il Paradigma della Guerra Contro il Crimine: Legittimare l'Inumano? **Studi sulla Questione Criminale: La Giustizia Penale Ostile**, Roma, anno 2, n. 2, p. 21-37, abr-jul. 2007.

HARRIS, D. J. **Cases and Materials on International Law**. 6<sup>th</sup> edition. London: Sweet & Maxwell, 2004.

HERRMANN, Irene; PALMIERI, Daniel. Les nouveaux conflits: une modernité archaïque? **International Review of the Red Cross**, [S.l.], v. 85, n. 849, p. 42, Mar. 2003.

JAKOBS, Gunther. Diritto penale del nemico. In: DONINI, Massimo; PAPA, Michele (a cura di). **Diritto Penale del Nemico: un dibattito Internazionale**. Milano: Giuffrè, 2007. p. 5-28.

JORGE, Maria Helena P. de Mello; KOIZUMI, Maria Sumie. **Acidentes de trânsito no Brasil: um atlas de sua distribuição**. São Paulo: Abramet, 2007. Disponível em <<https://sites.google.com/site/fabiodecristo/bibliografia/relatorios-tecnicos/relatorios-tecnicos-1/acidentesdetransitonobrasilumatlasdesuadistribuaico>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **FAO: Brasil reduziu a fome em dois milhões de pessoas nos últimos 3 anos**. 11 out. 2012. Publicação digital. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/fao-brasil-reduziu-a-fome-em-dois-milhoes-de-pessoas-nos-ultimos-3-anos>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. **Studi Sulla Questione Criminale**, Bologna, anno 2, n. 2, p. 7-20, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2009.

SHEEHAN, James. **L'età post-eroica: guerra e pace nell'Europa contemporanea**. Roma-Bari: Laterza, 2009.

UNITED NATIONS. Food and Agriculture Organization of the United Nations. **The State of Food Insecurity in the World: economic growth is necessary but not sufficient to accelerate reduction of hunger and malnutrition: 2012**. Roma: FAO, 2012. Disponível em: <<http://www.fao.org/publications/en>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. United Nations General Assembly. **General Assembly Resolution n. 61/171 (2006)**: Doc. A/RES/61/171. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/61/171&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/171&Lang=E)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. United Nations Office on Drugs and Crimes. **Global Study on Homicides 2011**. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/southerncone/noticias/2011/10-outubro/Globa\\_study\\_on\\_homicide\\_2011\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/southerncone/noticias/2011/10-outubro/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. United Nations Security Council. **Security Council Resolution n. 1373 (2001)**. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/4038016.20006561.html>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. United Nations Security Council. **Security Council Resolution n. 1624 (2005)**. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/2359148.41294289.html>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Department of State. Bureau of Counterterrorism. **Country Reports on Terrorism 2011: Annex of Statistical Information: July 2012**. Disponível em: <<http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/2011>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. United States Department of State. National Counterterrorism Center. **The Worldwide Incidents Tracking System**. Disponível em: <<http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/2011/195555.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. **United States Code**. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência: os jovens da América Latina: 2008**. Brasília: RITLA/Instituto Sangari/Ministério da Justiça, 2008. Disponível em: <[www.mapadaviolencia.org.br/publicacoes/Mapa\\_2008\\_al.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/publicacoes/Mapa_2008_al.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. **Mapa da Violência 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil**. São Paulo: Instituto Sangari, 2012. (Caderno Complementar 2, Acidentes de Trânsito). Disponível em: <[www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012\\_transito.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_transito.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal:** Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1999. v. 3.

ZOLO, Danilo. **La giustizia dei vincitori:** da Norimberga a Bagdad. Roma/Bari: Laterza, 2006.

## RESENHA – DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; MEYER, Emilio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim (Coord.). **Desafios Contemporâneos do Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. 182 p. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 22). Resenha de: COUTO, Estêvão Ferreira.

O livro “Desafios Contemporâneos do Controle de Constitucionalidade no Brasil” é o segundo volume de uma Coleção da Arraes Editores, publicada em homenagem ao Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Professor de Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG e Procurador da República nessa mesma unidade da Federação.

É uma obra prática que não perde o rigor científico e metodológico. Ao longo dos cinco capítulos do livro, os autores se propõem a destrinchar os seguintes assuntos: (a) a modulação temporal das decisões declaratórias de inconstitucionalidade das leis e atos normativos; (b) a questão de se o processo de controle de constitucionalidade concentrado de fato é um processo abstrato; (c) a questão de se o processo de controle de constitucionalidade concentrado de fato é um processo objetivo; (d) as sentenças intermediárias no controle de constitucionalidade denominadas sentenças normativas, que aplicariam a concretização do papel de legislador positivo por parte das Cortes Constitucionais e (e) a chamada abstrativização da via difusa de controle de constitucionalidade.

No capítulo primeiro, os autores começam fazendo considerações históricas e doutrinárias sobre como a regra geral dos efeitos *ex tunc*, no controle de constitucionalidade, foi sendo gradualmente relativizada.

A maior fonte de relativização viria da lógica kelseniana em função da equivalência que confere aos conceitos de eficácia e validade, ou seja, para Kelsen, decisões de inconstitucionalidade seriam constitutivas e não declaratórias, e, portanto, a norma só se tornaria inconstitucional no momento de ação do Poder Judiciário.

O cúmulo da relativização chegaria ao chamado efeito pro futuro que é criticado pelos autores como teratológico, pois, acaba por cancelar a validade de normas inconstitucionais por tempo indeterminado.

Para os autores, o efeito pro futuro abre margem para interferências externas ao sistema jurídico, mas o texto não chega a explorar a ideia de que o problema pode ocorrer também em situações em que a decisão aplica efeitos clássicos como, por exemplo, quando o Legislativo encontra um meio de alterar leis e a própria Constituição para contornar os efeitos (qualquer um deles) de uma declaração de inconstitucionalidade. A “fidelidade” a critérios “exclusivamente” jurídicos não é nenhum antídoto contra uma deterioração do sistema.

Nos capítulos segundo e terceiro, os autores desconstruem a ideia de que o processo de controle concentrado de constitucionalidade é um processo abstrato e objetivo. Várias contradições da doutrina e da jurisprudência são exploradas para demonstrar que, frequentemente, o controle concentrado trabalha tendo um ou mais casos concretos pelo menos como pano de fundo e, por outro lado, as partes no processo de controle concentrado são mais relevantes do que se imagina.

Na verdade, os argumentos dos autores estão concatenados. Se o processo de controle concentrado não é mais abstrato, então os interesses em jogo precisam ser mais bem delimitados. Se as instituições legitimadas para as ações coletivas atuam em substituição aos titulares dos direitos, a mesma ideia poderia ser aplicada aos legitimados para propositura de ADI, ADPF ou ADC. Se o con-

trole de constitucionalidade abstrato passa, então, a ser um processo subjetivo, torna-se necessária a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa “para refinamento da ideia da democracia dentro do controle jurisdicional de constitucionalidade” (p. 97).

Os vários argumentos levantados em favor da subjetividade do processo de controle concentrado de constitucionalidade são particularmente interessantes. Os autores citam o caso da ADI 1.354 em que um dos ministros do STF que julgou a ação tinha sido algum tempo antes o “autor intelectual” da lei impugnada. A prática dos ministros do Supremo de declararem-se impedidos de julgar determinada causa quando atuaram no processo como Advogados da União constitui outra evidência de subjetividade. A jurisprudência sobre a pertinência temática nada mais seria do que uma forma de aferir a proximidade (subjetividade) da entidade legitimada com o assunto em discussão. A necessária intervenção da AGU em defesa da lei que institui um contraditório inerente a um processo de partes. Enfim, esses e vários outros exemplos são cuidadosamente analisados na obra.

No capítulo quarto, os autores defendem uma Corte Constitucional mais contida, mais atenta à função de julgar, e não de legislar. A diferença entre a lógica de produção de uma decisão e de uma lei é destacada. Enquanto a primeira é concebida sob a égide do discurso de aplicação, a segunda se faz com liberdade argumentativa, inclusive com argumentos meramente consequencialistas que são condenáveis numa decisão judicial.

Finalmente, no capítulo quinto, os autores traçam um breve histórico da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e do Supremo Tribunal Federal para analisar a tendência recente do STF de dar preferência para a via concentrada em detrimento da via difusa, “sempre com o discurso da premência favorável a uma jurisdição de massa e justificada pela noção de que, por exemplo, a súmula vinculante corresponderia a um espelho da doutrina americana do *stare decisis*”

(p. 130).

A análise revela uma deficiência na formação jurídica brasileira, pois, os operadores do Direito (entre eles, os Defensores Públicos) estão ainda muito acostumados a trabalhar com as súmulas como referenciais, como se a atenção tivesse de estar somente nas ementas.

O conhecimento das decisões que levaram à consolidação de uma súmula vinculante, porém, é muito importante para o desenvolvimento de argumentações de *distinguishing*, “e para exigir do STF um *overruling* quando necessário” (p. 137).

## COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

STJ, REsp 1.243.386/RS<sup>1</sup>, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/06/2012, publicado no DJe em 26/06/2012, p. 1/26

*Guillermo Rojas de Cerqueira César*

*(Procurador Autárquico Municipal, Advogado militante Especialista em Direito Previdenciário pelo INESP, Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo UNIVEM, Cientista Político graduado pela UNICAMP.  
Foi estagiário da DPU no núcleo de Campinas-SP)*

### 1. INTRODUÇÃO

A análise do recente julgado de lavra da E. 3ª Turma do STJ pretende demonstrar a superação da jurisprudência e da leitura restritiva que até então vinha sendo aventada ao conceito das sentenças relativas ao processo coletivo, limitando-se, em especial, a sua eficácia aos termos da competência territorial do órgão prolator.

Com o novo posicionamento o Tribunal da Cidadania pretendeu equacionar o conceito inequívoco relativo a competência, que não pode ser confundido com o conceito de jurisdição, garantindo dessa forma a razoabilidade e o devido processo legal, características inerentes à finalidade do processo coletivo como garantidor do princípio ao efetivo acesso à justiça.

---

1 Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100371991&dt\\_publicacao=26/06/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100371991&dt_publicacao=26/06/2012)>.

## 2. DESENVOLVIMENTO

O processo coletivo tem como característica principal a busca da tutela jurisdicional através de legitimados que atuam em nome próprio para a defesa de interesses alheios, de acordo com a relevância social da tutela pretendida, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pela natureza da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Nesse sentido,

conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou se postula um direito em face de um titular de um direito coletivo *lato sensu*, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.<sup>2</sup>

Tendo em vista o caráter coletivo do provimento jurisdicional buscado a natureza da sentença e sua eficácia, seja *erga omnes* ou *inter partes* a depender do objeto do direito tutelado, não pode ficar adstrita ao limite territorial do órgão prolator.

O art. 16 da Lei Federal nº 7347/85 e o Art. 2ª-A da Lei Federal nº 9494/97 possuem caráter estritamente inconstitucional em razão da análise sob a perspectiva do princípio da razoabilidade. Afinal qual a razoabilidade de exigir-se a delimitação local da eficácia da coisa julgada a possibilitar o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva justiça?

Evidencia-se acerca dos dispositivos citados serem frutos da conversão resultante da Medida Provisória 1.570 (com redação prevista anteriormente nas MP's de número 1.781-1/99, 1.906-11/99, 2.102-32/01 e 2.180-33/01), tendo

---

2 DIDIER JUNIOR; ZANETI, 2008, p. 46.

assim, caráter nitidamente repressivo e restritivo que nos dizeres de Didier

Trata-se de evidente apropriação do direito processual pelo “Príncipe/Estado”, óbvio abuso do poder de legislar excepcionalmente atribuído ao Poder Executivo e que, no Estado Democrático de Direito, deveria ter vedado o uso do poder como se fosse seu “Soberano” ou “Supremo Magistrado”<sup>3</sup>.

Posta a razão de ser do instituto e o caráter nitidamente restritivo de direito consagrado constitucionalmente como de caráter fundamental, a superação da eficácia territorial da sentença coletiva parecia ser de tal forma inevitável, apesar da ainda jurisprudência remansosa e dominante acerca da aplicação desses dispositivos (ver: 1ª T., Resp nº 665.947, rel. Mi.n. José Delgado; Resp nº 625.996 rel. Teori Zavascki).

Superando toda essa concepção o julgado objeto de análise (REsp 1.243.386/RS) estende os efeitos da coisa julgada do processo coletivo a todo o território nacional já que afasta a aplicação dos mencionados artigos ao dispor que:

A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócu a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art.16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador<sup>4</sup>.

### 3. CONCLUSÕES

A celeuma posta em relação à limitação territorial da eficácia da coisa jul-

---

3 Ibidem, p. 160 (Para uma análise mais aprofundada da temática confira-se AGAMBEN, 2004).

4 REsp 1.243.386/RS.

gada coletiva parece estar se delineando ao caminho de superação do Político em favor do Jurídico, evidenciado a supremacia da técnica sobre a estética.

Se a característica fundamental do processo coletivo *lato sensu* é a indivisibilidade de seu objeto, não há porque considerar-se divisível ou condicionada territorialmente a eficácia da decisão judicial quando o interesse for difuso ou coletivo, não sendo possível seu fracionamento para atingir parte dos interessados quando estes estiverem espalhados também fora do respectivo foro judicial.

Este, inclusive, era o entendimento exposto no anteprojeto do Código Brasileiro de Direito Coletivo<sup>5</sup>, infelizmente arquivado sem a devida e necessária publicação legislativa.

Tal entendimento corrobora o conceito da máxima eficácia aos direitos fundamentais, garantindo o acesso à jurisdição de maneira efetiva, aplicando ao processo sua característica marcadamente instrumental de garantia dos direitos juridicamente tutelados.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. **O Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Coletânea de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 out. 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 4.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

---

5 Art.12 e 22, §§4º respectivamente do CBPC-IBDP e CBPC/UERJ-UNESA.