

ISSN 1518-0891

Revista

do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios



n. 9 • 2015

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

n. 9 • 2015

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – MPDFT

Leonardo Roscoe Bessa
Procurador-Geral de Justiça

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

Carlos Eduardo Magalhães de Almeida
Corregedor-Geral

Fabiana Costa Oliveira Barreto
Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça

Fabiana Costa Oliveira Barreto
Assessora Parlamentar

Wagner de Castro Araújo
Secretário-Geral

CONSELHO SUPERIOR DO MPDFT

Presidente: Leonardo Roscoe Bessa
Procurador-Geral de Justiça

Vice-Presidente: André Vinícios Espírito Santo de Almeida
Procurador de Justiça

Secretária do Conselho: Ana Luisa Rivera
Procuradora de Justiça

Corregedor-Geral: Carlos Eduardo Magalhães de Almeida
Procurador de Justiça

CONSELHEIROS

Ruth Kicis Torrents
Procuradora de Justiça

Arinda Fernandes
Procuradora de Justiça

Ana Luisa Rivera
Procuradora de Justiça

Adaauto Arruda de Morais
Procurador de Justiça

Selma Leite do Nascimento S. de Souza
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

André Vinícios Espírito Santo de Almeida
Procurador de Justiça

Katie de Sousa Lima Coelho
Procuradora de Justiça

Eduardo José Oliveira de Albuquerque
Procurador de Justiça

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

n. 9 • 2015

**REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA**

Eixo Monumental, Praça do Buriti, Lote 2 - Edifício-Sede do MPDFT, 9º andar, CEP 70091-900
Brasília - DF, telefone geral: (61) 3343-9500
Revista eletrônica: <http://www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas>, e-mail: conedit@mpdft.mp.br

CONSELHO EDITORIAL

Tânia Maria Nava Marchewka <i>Procuradora de Justiça</i>	Antônio Henrique Graciano Suxberger <i>Promotor de Justiça</i>
Conceição de Maria Pacheco Brito <i>Procuradora de Justiça</i>	José Theodoro Correa de Carvalho <i>Promotor de Justiça</i>
Wanessa Alpino Bigonha Alvim <i>Promotora de Justiça</i>	Rodolfo Cunha Salles <i>Promotor de Justiça</i>
Maercia Correia de Mello <i>Promotora de Justiça</i>	Dermeval Farias Gomes Filho <i>Promotor de Justiça</i>

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do MPDFT

Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios /
Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. – Vol. 1,
n. 1 (1985)- .- Brasília : MPDFT, Procuradoria-Geral de Justiça,
1985-

Anual.

Periodicidade irregular até o n. 3, jan./jun. 2000.

Continuado por: Revista do Ministério Público do Distrito Federal e
Territórios, a partir do n. 3, jan./jun. 2000.

Volume e número substituídos só por número desde 2013.

ISSN 1518-0891.

ISSN 2237-9770 (versão eletrônica).

1. Direito – Periódico. I. Ministério Público do Distrito Federal e
Territórios.

CDD 340

© MPDFT - Todos os direitos reservados. Qualquer parte desta publicação poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Coordenação editorial: Tânia Maria Nava Marchewka (Procuradora de Justiça)
Apoio operacional: Patrícia Delacélia Mendonça
Capa: Camila Gabriela de Aratújo Antunes
Projeto visual: Secretaria de Comunicação do MPDFT.
Informática: Paulo Henrique Ferreira L. Ellery

Normalização e formatação (BIB/DIBI/CDI):
Cristiane Vieira da Silva, Erika Carvalho Lemos de
Oliveira e Joaniec Fernandes Rocchetti
Produção Gráfica: Daniel Sidney da Costa Gontijo, Jun Matsuoka Tomikawa
Revisão de português: Samara Botelho Vaz Almeida
Revisão de inglês: André Luiz Rodrigues de Almeida

Os conceitos e opiniões expressas nos textos assinados são de responsabilidade dos autores.



Editora MPDFT

Tiragem: 100 exemplares

SUMÁRIO

Prefácio	5
Editorial	11
Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais Associados: o Novo Regime Jurídico de Proteção <i>Juliana Santilli</i>	21
O Ingresso no Serviço Público Mediante Cotas Raciais: uma Questão de Igualdade, de Mérito ou de Oportunidade? <i>José Wilson Ferreira Lima</i>	75
Ministério Público: Evolução Histórico-Normativa no Brasil <i>Edimar Carmo da Silva</i>	117
Direito Urbanístico e Urbanismo: Principais Diferenças numa Ótica Luso-Brasileira sobre Políticas Públicas de Ordenamento do Território <i>Kassia Zinato Santos Machado Araujo</i>	157
Ouvidorias – um Aporte Necessário <i>Rose Meire Cyrillo</i>	193
Obesidade Infantil Decorrente de Negligência Parental: Responsabilização e Medidas Cabíveis <i>Carina da Costa Dezan</i>	213
Homicídio Culposo de Trânsito, Embriaguez ao Volante e Princípio da Consunção <i>Roberto da Silva Freitas</i>	267

Acolhimento de Mulheres em Situação de Violência Doméstica no MPDFT: uma Perspectiva Psicossocial <i>Izis Morais Lopes dos Reis e Cristina Aguiar Lara Brasil</i>	317
A Inimputabilidade Diante do Tribunal do Júri: uma Abordagem Constitucional do Quesito Absolutório <i>Raoni Parreira Maciel</i>	373
Produção Antecipada de Prova nos Crimes Sexuais Contra Crianças e Adolescentes <i>Marcelo Henrique de Azevedo Souza</i>	407
A Peculiaridade da Interpretação dos Requisitos da Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas nos Crimes de Corrupção <i>Kleber Alexandre de Godoy</i>	445
A Colaboração Premiada no Direito Brasileiro: uma Análise de Legitimidade à Luz do Garantismo de Ferrajoli e do Garantismo Integral <i>Bruno Utsch Mesquita</i>	487
O Paradigma Restaurativo: a (Des)Legitimação da Pena como Resposta no Sistema Punitivo e a Construção de um Novo Modelo de Justiça Criminal <i>Nathália Gomes Oliveira de Carvalho</i>	531
O Judiciário e o Poder Simbólico na Aplicação da Medida Socioeducativa <i>Ana Cláudia de Souza Valente</i>	579
Análise Criminológica da Política Penitenciária de Medidas Alternativas no Distrito Federal <i>Alexandre Carvalho Burnett</i>	617

Prefácio

O exemplar que o leitor tem à mão é fruto de muito estudo e trabalho. Surge da dedicação voluntária de procuradores, promotores de Justiça e colaboradores em busca de informações que promovam o desenvolvimento institucional e resultem no aprimoramento dos serviços prestados à sociedade.

São comuns, principalmente em momentos de crise, indagações sobre a pertinência de publicações acadêmicas patrocinadas por órgãos públicos. A resposta é simples. Uma instituição que não investe em pesquisa ou que se recusa a abrir espaço para o conhecimento não consegue se renovar. Vou além e afirmo que bem-aventurada é a organização que pode contar com integrantes titularizados e dispostos a pesquisar temas diretamente relacionados à sua área de atuação.

É preciso incentivar a produção acadêmica, principalmente se ela estiver voltada ao estudo da realidade social e à busca de soluções para os problemas que afligem o cidadão. Trata-se de uma maneira eficiente de zelar pela aproximação com a sociedade e de aprimorar as relações com o poder público, propiciando agilidade na ação do Estado.

O Brasil está em 23º lugar no ranking global de qualidade científica, segundo a edição de 2015 do Nature Index, um indicador global de alta qualidade em pesquisa de artigos científicos publicados. Esse periódico assegura que somos bons na produção de artigos acadêmicos, não apenas em quantidade,

mas em qualidade, o que é mais importante. A informação pode até causar surpresa, pois tornou-se “lugar-comum” afirmar que o país não investe em pesquisa científica.

Os dados não abarcam publicações do Direito, porém, atrevo-me a dizer que traduzem a realidade da produção científica também nessa área. Além disso, sempre é gratificante perceber que a produção acadêmico-científica ganha terreno em um país marcado por sérios problemas educacionais. Mas permanece o desafio da contínua busca da qualidade e, nesse aspecto, as instituições públicas têm o dever de contribuir. Teses, dissertações e artigos são publicados diariamente e em grandes quantidades, tornando ainda mais difícil a identificação de trabalhos criteriosos e de respeitável procedência.

Colaborar qualitativamente sempre foi o ponto forte da Revista do MPDFT, que já está em sua nona edição. A preocupação em pautar temas atuais e pertinentes, sem dar lugar a abordagens rasas ou pouco fundamentadas, consolidou-a como uma publicação respeitada, digna de credibilidade e reconhecimento. A qualidade advém do rigor na seleção dos textos, no apuro das informações, na aplicação da metodologia adequada, no atendimento às normas da ABNT e na busca contínua pelo aperfeiçoamento.

Tal reputação, adquirida ao longo do tempo, deve ser creditada àqueles que desde o início apostaram na Revista do MPDFT e nela seguem acreditando até hoje. A sociedade deve ser sempre a principal destinatária dos resultados das pesquisas aqui apresentadas e sua grande beneficiária. Ao seguir nessa linha, o

MPDFT cumpre o seu papel, fortalecendo, também por meio de estudos científicos, a defesa dos direitos do cidadão comum.

Basta ler o editorial, na próxima página, para que se constate a quantidade de artigos voltados diretamente à atuação do MPDFT, seja no atendimento ao cidadão por meio da Ouvidoria; na defesa da mulher, da criança e do adolescente; na área criminal e em diversas outras.

É preciso parabenizar e agradecer a todos os que contribuíram para esta edição, em especial à procuradora de Justiça Tânia Maria Nava Marchewka e aos demais integrantes do Conselho Editorial, que se dedicaram com afinco à seleção e à publicação dos artigos aqui reunidos. Igual reconhecimento é devido aos autores, que se debruçaram sobre questões relevantes e dedicaram seu tempo e experiência ao enriquecimento das temáticas aqui apresentadas.

Ao finalizar, volto a ressaltar que o grande desafio no meio acadêmico, em minha opinião, é o alinhamento entre a teoria e a prática. É a aplicação do conhecimento à realidade com a qual se trabalha diariamente e, a partir de estudos bem fundamentados, ensejar mudanças necessárias à transformação social. Tal desafio tem sido vencido pela Revista do MPDFT, a cada edição, com louvor.

Boa leitura.

Leonardo Bessa
Procurador-Geral de Justiça

Editorial

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios apresenta aos leitores a nona edição do periódico, a qual traz em seu bojo interessantes artigos, pesquisas bibliográficas e de campo que exploram temas atuais e instigadores de pesquisa e de debate sociojurídico. O número que ora se apresenta está constituído de artigos de diversos autores em prol dos ideais do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Nesse sentido, nesta edição encontra-se nos trabalhos, em verdade, a concepção de um novo olhar, desabrochado pela exploração de temas voltados às finalidades e às práticas institucionais em diversas áreas.

No primeiro texto, de Juliana Santilli, “Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais Associados: o Novo Regime Jurídico de Proteção”, a autora discute uma importante abordagem acerca dos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais associados à biodiversidade, em especial a Convenção sobre Diversidade Biológica e o Protocolo de Nagoia.

José Wilson Ferreira Lima, em seu artigo “O Ingresso no Serviço Público Mediante Cotas Raciais: uma Questão de Igualdade, de Mérito ou Oportunidade?”, aborda o sistema de cota racial, nos termos da Lei 12.990/2014, e questiona se ele atende ao princípio da oportunidade. Em sua conclusão, deixa claro que esse sistema não atende ao princípio da igualdade de oportunidade, mas trata-se de um “privilegio fundado na

desigualdade” e como uma falha do Estado e da sociedade em dar tratamento aos negros como iguais.

No artigo “Ministério Público: Evolução Histórico-Normativa no Brasil”, Edimar Carmo da Silva desenvolve pesquisa bibliográfica na qual analisa a evolução normativa do Ministério Público no Brasil bem como os primeiros atos normativos vigentes em território brasileiro que não mencionaram o Ministério Público. Aborda a trajetória da evolução normativa do Ministério Público no Brasil. Apresenta um retrospecto histórico desde o período colonial.

Já Roberto da Silva Freitas, em seu artigo “Homicídio Culposo de Trânsito, Embriaguez ao Volante e Princípio da Consunção”, desenvolve uma pesquisa a partir da análise de casos concretos julgados pelos tribunais. Com base em análise teórica, percebe a impossibilidade de aplicação do princípio da consumação, devido à jurisprudência firmada acerca da hipótese de condutor de veículo automotor que pratica homicídio culposo de trânsito alcoolizado não ser beneficiado pelo referido princípio.

O artigo “Acolhimento de Mulheres em Situação de Violência Doméstica no MPDFT: uma Perspectiva Psicossocial”, de autoria de Izis Moraes Lopes dos Reis e Cristina Aguiar Lara Brasil, apresenta as formas de atuação da equipe psicossocial do MPDFT nas Coordenadorias de Promotorias de Justiça. Descreve a formulação do projeto-piloto de descentralização e discute as bases teórico-metodológicas dos acolhimentos de mulheres em situação de violência doméstica. De uma forma geral, visualiza

o trabalho da equipe de forma positiva, destacando constantes alterações no projeto de trabalho.

O autor Raoni Pereira Maciel discorre sobre a arguição de inimizabilidade do réu diante do Tribunal do Júri. Debate a respeito dos quesitos previstos no parágrafo 2º do artigo 483 da Lei 11.689/2008. Para o autor, mantém-se os quesitos absolutórios por serem basilares, retira-se deles, somente no caso de inimizabilidade, momento em que fará quesito específico para esta finalidade.

Kassia Santos Machado Araujo discorre a respeito das principais diferenças entre o Direito Urbanístico, o urbanismo e o ordenamento territorial de acordo com a visão luso-brasileira sobre políticas públicas de planejamento urbano.

Rose Meire Cyrillo, em seu artigo, faz uma abordagem histórica, interessante e prática do papel das Ouvidorias no Brasil. Destaca a ouvidoria como um instrumento de participação popular, principalmente no acesso à informação e à transparência da gestão dos serviços prestados pelas instituições.

No artigo “Produção Antecipada de Prova nos Crimes Sexuais Contra Crianças e Adolescentes”, Marcelo Henrique de Azevedo analisa a necessidade de produção antecipada de prova em crimes de natureza sexual contra crianças e adolescentes pela modalidade de escuta especial. O estudo resgata, ainda, teoricamente aspectos relativos à transitoriedade da memória sob uma perspectiva interdisciplinar.

No artigo “A Peculiaridade da Interpelação dos Requisitos

da Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas nos Crimes de Corrupção”, esse tema é analisado por Kleber Alexandre de Godoy. O autor discute os requisitos exigidos pela legislação infraconstitucional bem como algumas peculiaridades dos crimes de corrupção, problematizando o direito à privacidade. Por fim, propõe que a avaliação dos requisitos da Lei de Interceptação Telefônica deve ser feita de forma mitigada no caso concreto.

Carina da Costa Dezan examina a “Obesidade Infantil Decorrente de Negligência Parental: Responsabilização e Medidas Cabíveis”. O artigo apresenta um panorama com as normas nacionais e internacionais bem como estudos no campo da saúde, numa abordagem interdisciplinar sobre a problemática da obesidade infantil. Por fim, enfatiza a importância no cuidado com a alimentação e a saúde da criança, a fim de sugerir as medidas cabíveis para a responsabilização dos genitores.

No artigo “A Colaboração Premiada no Direito Brasileiro: uma Análise da Legitimidade à Luz do Garantismo de Ferrajoli e do Garantismo Integral”, Bruno Utsch Mesquita analisa a colaboração premiada no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. O autor enfatiza que o Estado, além de garantir a proteção do indivíduo, tem o dever de proteger e efetivar a tutela jurisdicional de modo satisfatório e de garantir o bem-estar e a segurança, verificadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.

Em “O Paradigma Restaurativo: a (Des)Legitimização da Pena como Resposta no Sistema de Justiça Criminal”, Nathália

Gomes Oliveira de Carvalho apresenta o paradigma restaurativo como um novo modelo de justiça criminal, mediante diálogo entre as partes envolvidas – infrator, vítima e comunidade – com a restauração das relações rompidas em face do colapso do panorama retributivo. Por fim, enfatiza a importância da justiça restaurativa como uma estratégia com enfoque nos estudos da criminologia crítica e na vitimização.

No artigo “O Judiciário e o Poder Simbólico na Aplicação da Medida Socioeducativa”, Ana Cláudia de Souza Valente desenvolve uma reflexão sobre as práticas do Judiciário na escola da medida socioeducativa. Baseada na concepção de Bourdieu, a autora questiona como o Judiciário pode ser mais racional na aplicação da medida na busca da efetivação da proteção integral. O artigo apresenta, ainda, um panorama com dados teóricos com a pretensão de analisar o controle judicial das condutas dos adolescentes infratores.

No artigo “Análise Criminológica da Política Penitenciária de Medidas Alternativas no Distrito Federal”, Alexandre Carvalho Burnett desenvolve uma pesquisa descritiva da realidade do Distrito Federal. Com o resultado da pesquisa, o autor pôde perceber a inexistência de integração comunicativa e valorativa entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no Distrito Federal. Dentre as dificuldades, aponta a busca de adequação das medidas alternativas às diretrizes das políticas penitenciárias, federal e distrital.

Não se pode deixar de destacar que a efetiva produção desta

Revista só foi factível devido ao trabalho diligente e colaborativo realizado por todos os envolvidos no processo: conselheiros, servidores e autores.

O propósito é de que os textos que compõem esta Revista sejam ferramenta de pesquisa e aporte para aqueles que lidam com o Direito no dia a dia.

Tânia Maria Nava Marchewka
Coordenadora do Conselho Editorial

In Memoriam Juliana Santilli (1965 - 2015)

No ano passado, 2015, o Ministério Público despediu-se de uma de suas mais brilhantes Promotoras de Justiça, a Doutora Juliana Ferraz da Rocha Santilli, que morreu prematuramente.

Já em seu ingresso, quando tivemos contato no curso de formação e adaptação dos novos Promotores de Justiça, era possível identificar que se tratava de pessoa com grande potencial, que trazia experiência no trato dos direitos difusos, em especial na questão ambiental. Já militava com destaque no Instituto Socioambiental, do qual foi sócia fundadora.

Exerceu a função de Promotora de Justiça em Promotorias com as mais diversas temáticas, com destaque nas Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural, de Defesa do Consumidor, Criminais, Núcleo de Direitos Humanos e, nos últimos dois anos, na Promotoria de Justiça Regional de Defesa do Patrimônio Público e na 5ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público.

Nesta Promotoria de Justiça, onde fomos colegas, Juliana Santilli atuou com a mesma dedicação e procurou deixar registrada sua marca de preocupação com o ser humano e a sociedade. Ingressou com diversas ações civis públicas e atendia ao público de modo firme e delicado. Brindava-nos todos os dias com seu idealismo e sua alegria contagiante.

Juntamente com o exercício do cargo de Promotora de

Justiça, tinha destacada carreira de professora e pesquisadora. Assim foi que publicou quatro livros com a temática ambiental, com destaque para o último *Agrobiodiversity and the Law: Regulating Genetic Resources, Food Security and Cultural Diversity*, publicado em Londres pela editora *Earthscan* no ano de 2011. Escreveu cinquenta e sete capítulos de livros diversos, publicou trinta e um artigos em periódicos de grande relevância no cenário acadêmico e profissional, em português, inglês e francês. Publicou nove trabalhos em congressos variados. Participou de dez bancas de mestrado e qualificações de mestrado, de três bancas de doutorado, além de ter coorientado tese de doutorado da Universidade de Brasília, no curso de Desenvolvimento Sustentável. Participou de mais de cento e quarenta congressos, seminários e eventos diversos. Ainda no âmbito acadêmico, compôs e participou dos mais diversos institutos e universidades, podendo ser destacados os seguintes: *Deutsche für Internationale Zusammenarbeit – GIZ*, Alemanha; *World Agroforestry Centre*, Quênia; Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP; Instituto Internacional de Educação do Brasil – IEB; Instituto Socioambiental – ISA; *Institut de Recherche pour le Développement* – CNPq – Universidade de Campinas; e *Biodiversity International*, Itália. Participou, ainda, de diversos projetos de Agrodiversidade e Conhecimentos Tradicionais.

O destaque da intensa e produtiva vida acadêmica e profissional dá uma pequena ideia do quão importante foi nossa querida colega Juliana Santilli.

Sua partida prematura deixou um vácuo no seio do Ministério Público, que não será preenchido jamais. Não somente pela a produção constante e contribuição ativa nos diversos temas que participou durante os últimos quinze anos, mas também por termos tido a oportunidade de conviver com pessoa tão inteligente, capaz e dedicada ao aperfeiçoamento pessoal e de parcela significativa da sociedade.

Esta Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios dedica este volume a nossa querida colega e amiga Juliana Ferraz da Rocha Santilli, o qual conta com um artigo seu intitulado “Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais Associados: o Novo Regime Jurídico de Proteção”.

As homenagens são sempre insuficientes diante da ausência de pessoa tão querida, capaz e inteligente. Buscamos apenas, com este singelo gesto, deixar registrada a lembrança de uma Promotora de Justiça que durante toda a sua carreira agiu para realizar, em sua essência, a Justiça no Distrito Federal. A sua falta será sempre sentida por todos nós.

Brasília, 2 de abril de 2016.

ROBERTO CARLOS SILVA

Promotor de Justiça e Membro do Conselho Editorial da
Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais Associados: o Novo Regime Jurídico de Proteção

Juliana Santilli (in memoriam)

Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT. Doutora em Direito Socioambiental pela PUC-PR. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília. Autora dos livros: “Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural” (Editora Peiropolis, São Paulo, 2005), “Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores” (Editora Peiropolis, São Paulo, 2009) e “Agrobiodiversity and the Law: regulating genetic resources, food security and cultural diversity” (2012).

Resumo: O artigo discute os instrumentos jurídicos internacionais que protegem a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, especialmente a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Protocolo de Nagoya. Analisa ainda o novo regime nacional de acesso e de repartição dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais associados, e as principais inovações trazidas pela recém-aprovada Lei nº 13.123, de 20/05/2015, que substituiu a Medida Provisória nº 2.186-16/2001 e entrará em vigor seis meses após a sua publicação. O artigo enfoca a biodiversidade silvestre, e a sua utilização para fins farmacêuticos, cosméticos, químicos e industriais.

Palavras-chave: Biodiversidade. Conhecimentos tradicionais. Convenção da diversidade biológica. Lei nº 13.123/2015.

Sumário: Introdução. 1 Protocolo de Nagoya: uma Visão Geral. 2 Protocolo de Nagoya e os Conhecimentos Tradicionais Associados. 3 A Nova Lei nº 13.123/2015 e os Conceitos de Patrimônio Genético, Derivados, Conhecimento Tradicional Associado e Comunidade Tradicional. 4 Pesquisa Científica e Desenvolvimento Tecnológico: Acesso e Repartição de Benefícios. 5 Direitos de Propriedade Intelectual. 6 Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (FNRB) e o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN). 7 Competências para Fiscalização. 8 Isenção da Obrigação de Repartir Benefícios. 9 Conclusão. Referências.

Introdução

A Convenção da Diversidade Biológica (CDB) é o principal instrumento internacional destinado a promover a conservação da biodiversidade, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização da biodiversidade. A CDB é também um dos instrumentos internacionais mais amplamente aceitos e ratificados em todo o mundo: 192 países e a União Europeia são parte da CDB. Todos os países-membros das Nações Unidas – com exceção dos EUA, de Andorra e do Sudão do Sul – são integrantes da CDB. A CDB foi assinada pelo Brasil em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, e aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 2, de 3 de fevereiro de 1994. Sua promulgação deu-se pelo Decreto Presidencial nº 2.519, de 16 de março de 1998. Portanto, trata-se de um instrumento internacional já incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 49, I, da Constituição.

Entre os princípios consagrados pela CDB, está a soberania dos Estados sobre os seus recursos naturais, entre eles os recursos genéticos. A informação de origem genética contida em plantas, animais, fungos, bactérias, etc. é a base da diversidade entre espécies e da diversidade entre indivíduos da mesma espécie. Tal informação de origem genética está contida no todo ou em parte de tais organismos. O conjunto de genes de uma planta, por exemplo, é fundamental para determinar características como

resistência a doenças e insetos ou secas prolongadas, cor, sabor, valor nutritivo, capacidade de adaptação a novos ambientes, a mudanças climáticas etc. As características hereditárias são transmitidas de uma geração a outra através dos genes, e a diversidade genética – a variabilidade de genes entre as espécies e dentro delas – tem grande valor social, econômico e bioecológico.

O conceito de recursos genéticos – como qualquer material genético com valor real ou potencial – foi desenvolvido a partir dos anos 1960 e 1970, para enfatizar que os genes e as informações neles contidas têm valor estratégico, social e econômico e, por isso, devem ser tratados como “recursos”. Os recursos genéticos de um país megadiverso como o Brasil têm alto potencial de uso, como fontes de novos remédios, cosméticos, alimentos, fibras, pigmentos, pesticidas, óleos industriais, etc. e como matéria-prima para o desenvolvimento de novos produtos e processos agrícolas, químicos e industriais. Estima-se que o mercado mundial de produtos biotecnológicos gere entre 470 e 780 bilhões de dólares por ano.

Podemos citar alguns exemplos recentes de produtos desenvolvidos com base na biodiversidade brasileira, como os cosméticos (creme para as mãos, hidratante corporal, etc.) desenvolvidos por uma empresa brasileira a partir da semente de ucuuba (*Virola sebifera*), uma árvore amazônica. A manteiga de ucuuba possui propriedades similares às das manteigas de cacau e de karité. Outros exemplos são o desenvolvimento de medicamentos que tratam a hipertensão (*Captopril e Enalapril*) a

partir do veneno de uma serpente brasileira (*Bothrops jararaca*) e de medicamento anti-inflamatório (*Acheflan*) com base na erva baleeira (*Cordia verbenácea*), uma planta nativa da Mata Atlântica brasileira (VILLAS BOAS, 2013).

A Convenção da Diversidade Biológica (CDB) estabelece que a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional (dos países de origem de tais recursos). Esse princípio prevaleceu sobre o conceito (anterior à CDB) de que tais recursos constituiriam “patrimônio da humanidade” e poderiam ser livremente acessados por todos os países. Pelas normas da CDB, qualquer empresa, instituição científica ou pesquisador interessado em acessar recursos naturais existentes no território de um determinado país deve pedir autorização prévia a este país. Países industrializados, como os Estados Unidos, pleiteavam o livre acesso a tais recursos, o que contrariava os interesses dos países da megadiversidade, como Brasil, México, China, Colômbia, Indonésia, Quênia, Peru, Venezuela, Equador, Índia, Costa Rica e África do Sul, que juntos, representam 70% da diversidade biológica do mundo. A preocupação dos países megadiversos em assegurar a sua soberania sobre os próprios recursos genéticos aumentou principalmente nos anos 1990, com o avanço das patentes e de outros direitos de propriedade intelectual sobre produtos ou processos desenvolvidos com base no acesso a recursos genéticos. Se, por um lado, o acesso à biodiversidade era livre (por ser considerada “patrimônio da humanidade”), o

acesso aos produtos e processos biotecnológicos pelos países em desenvolvimento se tornou cada vez mais restrito em virtude da concessão de patentes.

A biodiversidade está concentrada principalmente nos países em desenvolvimento, e as potencialidades estratégicas de exploração do seu patrimônio genético trazem novas perspectivas para o seu desenvolvimento econômico e social. Já a biotecnologia – a tecnologia que utiliza os sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados para o desenvolvimento de novos produtos e processos – está concentrada principalmente nos países desenvolvidos. Mais de 90% das patentes sobre produtos e processos biotecnológicos pertencem aos Estados Unidos, Japão e países europeus. No Brasil, um levantamento de patentes concedidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) revelou que 94,2% das patentes concedidas sobre fármacos desenvolvidos a partir de 278 plantas nativas brasileiras pertenciam a empresas e instituições de pesquisa estrangeiras. Apenas 5,98% de tais patentes eram detidas por empresas e universidades brasileiras (MOREIRA et al., 2006).

Assim, os países megadiversos (também chamados de provedores de recursos genéticos) pretendem que o acesso a tais recursos por instituições de pesquisa e/ou desenvolvimento da área farmacêutica, cosmética, alimentícia etc. seja precedido de autorização. Defendem ainda que os benefícios monetários e não monetários gerados pela utilização dos recursos genéticos

acessados em seus territórios sejam repartidos, de forma justa e equitativa, com os países de origem de tais recursos.

Segundo a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), o acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao “consentimento prévio e fundamentado” do país de origem, e os benefícios derivados de sua utilização também devem ser repartidos de forma “justa e equitativa” com o país de origem. Segundo a CDB, as condições para o acesso aos recursos genéticos devem ser estabelecidas através de termos mutuamente acordados entre os países provedores e os usuários de tais recursos.

Outro aspecto importante da Convenção é o reconhecimento dos direitos de povos indígenas e das comunidades tradicionais sobre os seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Trata-se de uma proteção conferida a conhecimentos, inovações e práticas de comunidades indígenas e tradicionais – seringueiros, ribeirinhos, quilombolas, etc. – relevantes e úteis à conservação da diversidade biológica. Tais comunidades têm, ao longo de gerações, selecionado e manejado espécies com propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas, e a CDB reconheceu que elas também têm direitos à repartição justa e equitativa dos benefícios gerados pela utilização de seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Além disto, no art. 8º, j, também está prescrito que o acesso a tais conhecimentos depende do consentimento prévio e informado das comunidades que os detêm.

Muitas pesquisas têm revelado o papel fundamental dos

conhecimentos detidos por comunidades tradicionais para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade. Um exemplo é a coletânea intitulada *Farmacopeia Popular do Cerrado*, que contém 262 autores entre raizeiros, raizeiras e representantes de farmácias caseiras e/ou comunitárias. A Farmacopeia contém estudos sobre o uso tradicional e sustentável de nove plantas prioritárias para a medicina tradicional do bioma cerrado (barbatimão, pacari, rufão, algodãozinho, pé-de-perdiz, batata de purga, ipê-roxo, buriti e velame). Os estudos abrangem identificação das espécies medicinais, descrição de seus ambientes de ocorrência e relações ecológicas, caracterização da parte usada da planta, técnicas de manejo sustentável para a sua coleta, indicação de seu uso medicinal, formas de uso e toxicidade. A Farmacopeia buscou incentivar a prática da medicina tradicional e a salvaguarda dos saberes sobre o uso e o manejo sustentável de plantas medicinais do cerrado. A rica biodiversidade do cerrado oferece raízes, cascas, resinas, óleos, folhas, argilas, água e outros recursos naturais que são manejados por suas populações para a prática da medicina popular (DIAS; LAUREANO, 2009).¹

¹ O Ministério Público Federal instaurou, em 6/9/2013, um inquérito civil público destinado a “acompanhar e apoiar” o requerimento formulado pela Articulação Pacari junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) objetivando o registro do ofício das raizeiras e dos raizeiros do cerrado como patrimônio cultural imaterial. A articulação é uma rede socioambiental formada por organizações comunitárias que praticam medicina tradicional através do uso sustentável dos recursos naturais do bioma Cerrado. As organizações comunitárias participantes representam principalmente mulheres agricultoras, extrativistas, assentadas da reforma agrária, indígenas, quilombolas, agentes das pastorais da saúde e da criança. Para mais informações, consultar: www.pacari.org.br.

No Brasil, a recém-aprovada Lei nº 13.123, de 20/05/2015, estabelece as condições para o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados, e é atualmente o instrumento que regulamenta a aplicação da CDB no Brasil. Essa lei entrará em vigor no prazo de 6 meses a partir de sua publicação. Ela revogou a Medida Provisória nº 2.186-16/2001, que permaneceu em vigor por mais de 14 anos.

Em 2010, durante a 10ª Conferência das Partes da CDB, foi aprovado o Protocolo de Nagoya (Japão) sobre acesso a recursos genéticos e repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes de sua utilização, que entrou em vigor internacionalmente em 12 de outubro de 2014, depois de ter sido ratificado por 51 países.²

Trata-se de um Protocolo à CDB: apesar de ser um instrumento novo, ele é diretamente vinculado à CDB. O Protocolo de Nagoya só será legalmente vinculante para os países que o ratificarem³. Até junho de 2015, o Protocolo não havia sido ratificado pelo Congresso brasileiro.

O Brasil teve um papel fundamental nas negociações internacionais do Protocolo de Nagoya, e, como país megadiverso, é de interesse brasileiro direto essa aprovação pelo Congresso Nacional, para que seja incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. A entrada em vigor do Protocolo de Nagoya foi

² O texto do Protocolo de Nagoya e a lista de países que já assinaram e/ou ratificaram o Protocolo estão disponíveis em: <http://www.cbd.int>.

³ Os países que ratificaram a CDB podem optar por ratificar ou não o Protocolo. Já os países, como os EUA, que não ratificaram a CDB, não podem ratificar o Protocolo.

amplamente comemorada pelos países ricos em biodiversidade. Entre os países que já ratificaram o Protocolo de Nagoya figuram países em desenvolvimento e ricos em biodiversidade como Indonésia, Índia, México, África do Sul, Madagascar, Quênia, Egito, Síria, Guatemala, Peru, etc. Entre os países desenvolvidos, a Noruega, a Dinamarca, a Espanha, e a Suíça já o ratificaram. O Parlamento da União Europeia aprovou, em abril de 2014, o Regulamento nº 511, que autoriza a entrada em vigor do Protocolo nos países europeus bem como estabelece normas para a sua implementação. O Protocolo de Nagoya complementa e dá maior efetividade e concretude às normas da CDB que asseguram a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização da biodiversidade.

1 Protocolo de Nagoya: uma Visão Geral

O Protocolo de Nagoya visa promover a implementação do terceiro objetivo da CDB: a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais associados. Ao mesmo tempo, ele deve contribuir para a conservação da diversidade biológica e o uso sustentável de seus componentes, que são os dois outros objetivos da CDB. Ou seja, eventuais benefícios monetários e não monetários derivados da utilização dos recursos genéticos devem ser destinados à conservação da biodiversidade e ao uso sustentável de seus componentes.

Uma das principais razões para que os países megadiversos

participassem das negociações do Protocolo de Nagoya foi a preocupação de que a biopirataria e a apropriação indevida de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais não seriam combatidos de forma eficaz sem o estabelecimento de obrigações legais e vinculantes tanto para países provedores como para países usuários de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais. Ou seja, não basta que os países provedores (ricos em biodiversidade) desenvolvam as suas leis nacionais, se não houver mecanismos de controle também nos países usuários. Depois que os recursos e conhecimentos tradicionais deixam o seu país de origem, é fundamental o controle e a fiscalização de sua utilização nos países usuários (onde tais recursos serão utilizados para pesquisa e desenvolvimento). Assim, o Protocolo de Nagoya estabelece que não apenas países megadiversos (como Brasil, Índia, Malásia, etc.) devem adotar leis nacionais de acesso e repartição de benefícios, mas também os países usuários (como França, Alemanha, Japão, etc.) devem adotar medidas para assegurar que a pesquisa, o desenvolvimento e a utilização de recursos genéticos dentro de seus territórios respeitem as leis dos países de onde foram acessados. O Protocolo estabelece que os países devem definir normas claras e transparentes em suas legislações nacionais, assim como providenciar a emissão de uma autorização de acesso (ou seu equivalente) como prova de que houve o consentimento prévio informado da parte provedora do acesso ao recurso genético e/ou conhecimento tradicional associado.

O Protocolo é, essencialmente, um acordo no qual os países (usuários e provedores de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados) se comprometem a garantir o respeito às legislações nacionais de acesso e repartição de benefícios. Ou seja, para que o Protocolo tenha efetividade, é necessário que os países adotem as suas próprias legislações nacionais, pois elas é que deverão ser cumpridas pelos demais países-membros do Protocolo. Se um determinado país, por exemplo, no exercício de sua soberania sobre os recursos naturais, aprovar uma lei nacional declarando que os recursos genéticos e os conhecimentos tradicionais existentes em seus territórios são de livre acesso a qualquer pessoa e que não é necessária a sua autorização para acessá-los, o Protocolo terá pouca utilidade prática para este país.

O contrário ocorrerá com os países (como Brasil, Índia, Costa Rica, África do Sul, países da Comunidade Andina etc.) que têm legislações nacionais que estabelecem que o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados existentes em seus territórios dependem de consentimento prévio informado, assim como do consentimento das comunidades locais (detentoras de conhecimentos tradicionais) e da repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização destes recursos e conhecimentos.

De acordo com o Protocolo, a autorização de acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados concedida pelas autoridades nacionais deverá ser disponibilizada para uma Base Internacional de Dados sobre Acesso e Repartição

de Benefícios. A partir daí, tal autorização se transformará em um certificado internacionalmente reconhecido de cumprimento das normas de acesso e repartição de benefícios. Os países deverão ainda designar um ou mais pontos de controle em seus territórios, onde tal certificado internacionalmente reconhecido deverá ser apresentado, para comprovação da origem lícita dos recursos.

As medidas estabelecidas pelo Protocolo de Nagoya se destinam a combater a biopirataria. Embora não haja uma definição propriamente jurídica de biopirataria, é relativamente bem aceito o conceito de que a trata-se de atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção da Diversidade Biológica e nas legislações nacionais de acesso a benefícios e repartição deles (no caso do Brasil, a Lei 13.123/2015). Um caso célebre de biopirataria, muito veiculado na imprensa brasileira, foi o do “patenteamento” de processos de extração do óleo da semente do cupuaçu (planta amazônica) para a produção do chocolate de cupuaçu (o “cupulate”), pela empresa japonesa *Asahi Foods*. Essa empresa registrou ainda o nome “cupuaçu” como marca comercial de sua propriedade, gerando diversos protestos de organizações brasileiras e internacionais. Em 2004, o Escritório de Marcas e Patentes do Japão decidiu anular o registro da marca comercial “cupuaçu”, atendendo a pedido formulado pela Rede GTA – Grupo de Trabalho Amazônico – e pela organização acreana Amazonlink. O escritório japonês

acolheu os argumentos de que uma marca comercial não pode ser registrada se indicar um nome comum de matérias-primas.

2 Protocolo de Nagoya e os Conhecimentos Tradicionais Associados

Uma das questões em que o Protocolo aprofunda-se e avança (em relação à CDB) é sobre o acesso e repartição dos benefícios derivados da utilização dos conhecimentos tradicionais associados e dos recursos genéticos de que são detentores comunidades indígenas ou locais. Antes do Protocolo, o art. 8º, j, da CDB era o único dispositivo legal a estabelecer a obrigação dos países de “[...] respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica” (BRASIL, 1994).

O Protocolo de Nagoya reconhece a diversidade de circunstâncias em que o conhecimento tradicional associado a recursos genéticos é detido por comunidades indígenas ou locais, assim como o “[...] direito das comunidades indígenas e locais à identificação dos detentores de conhecimento tradicional associado a recursos genéticos, no âmbito de suas comunidades” (BRASIL, 2015). O Protocolo reconhece também as “[...] circunstâncias únicas em que o conhecimento tradicional associado a recursos genéticos é detido nos países, podendo ser oral ou documentado por outras formas, refletindo uma herança cultural relevante para a conservação e uso sustentável da biodiversidade” (BRASIL,

2015), e faz referência à Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas.⁴

O Protocolo estabelece expressamente a necessidade do consentimento prévio informado das comunidades indígenas e locais para o acesso a conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos de que sejam detentoras, assim como a obrigação de repartir os benefícios derivados da utilização de tais conhecimentos com as referidas comunidades. Em relação aos recursos genéticos detidos por comunidades indígenas e locais, estabelece a obrigação de repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização de tais recursos com as comunidades envolvidas. Entretanto, afirma que tal obrigação (de repartir benefícios com comunidades detentoras de recursos genéticos) só se aplica aos países em que as leis nacionais reconhecem esse direito a tais comunidades. O Protocolo estabelece ainda que os países não devem restringir o uso e o intercâmbio de recursos genéticos e conhecimento tradicional entre comunidades indígenas e locais.

⁴ Segundo o art. 31 desta Declaração: “Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais” (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

3 A Nova Lei nº 13.123/2015 e os Conceitos de Patrimônio Genético, Derivados, Conhecimento Tradicional Associado (CTA) e Comunidade Tradicional

No Brasil, a presidente sancionou a Lei nº 13.123 em 20/05/2015, com cinco vetos. Essa lei implementa a CDB e dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Ela revogou a Medida Provisória nº 2.186-16/2001 e trouxe diversas inovações, sobre as quais discorreremos a seguir.

Entre as principais definições estabelecidas na Lei nº 13.123/15, estão a de patrimônio genético — informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos — e a de conhecimento tradicional associado — informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético.

O acesso ao patrimônio genético é definido como “[...] pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético” (BRASIL, 2015). O conceito de bioprospecção, como uma atividade exploratória com potencial de uso comercial, que constava da Medida Provisória nº 2.186-16/2001, foi excluído da nova lei, que passou a fazer apenas uma distinção entre a pesquisa (como uma “[...] atividade experimental ou teórica com o objetivo de produzir novos conhecimentos”)

e o desenvolvimento tecnológico, que tem como objetivo “[...] desenvolver novos materiais, produtos ou dispositivos, aperfeiçoar ou desenvolver novos processos *para exploração econômica*” (BRASIL, 2015). A distinção se baseia, portanto, nas finalidades da atividade de acesso ao patrimônio genético, que podem ser econômicas ou não.

A definição de patrimônio genético da nova lei não solucionou uma das principais controvérsias suscitadas durante a vigência da Medida Provisória nº 2.186-16/2001: a inclusão (ou não) dos derivados (de recursos genéticos) para fins de aplicação das normas de acesso e repartição de benefícios. Em uma das versões iniciais do projeto de lei, havia uma referência expressa aos derivados. Entretanto, ela foi posteriormente excluída, e a nova lei não contém uma definição explícita de derivados. Ela mantém, entretanto, na definição de patrimônio genético, a inclusão das “substâncias oriundas do metabolismo” de plantas e animais, o que pode gerar diferentes interpretações.

Durante as negociações internacionais do Protocolo de Nagoya, a aplicação das normas de acesso e repartição de benefícios aos “derivados” (de recursos genéticos) foi muito debatida. Muitos países em desenvolvimento defendiam a necessidade de que a pesquisa e o desenvolvimento baseados em compostos bioquímicos de ocorrência natural — como anticorpos, vitaminas, enzimas, compostos ativos e metabólitos — também deveriam estar sujeitos às normas de acesso e repartição de benefícios (e não apenas os recursos genéticos *stricto sensu*, que contêm

unidades funcionais de hereditariedade). Afinal, os compostos bioquímicos são a base de muitos produtos, desde medicamentos e alimentos até cosméticos. Os flavonoides⁵, por exemplo, são compostos bioquímicos com propriedades únicas no tratamento da pele, e são usados em muitas formulações cosméticas. Já os alcaloides⁶ são encontrados, por exemplo, nas sementes de café e guaraná, e são também amplamente utilizados em alimentos e bebidas funcionais. O texto final do Protocolo contém a seguinte definição de derivado: “[...] composto bioquímico que ocorre naturalmente, resultante de expressão genética ou metabolismo de recursos biológicos ou genéticos, mesmo que não contenha unidades funcionais de hereditariedade” (BRASIL, 1994). Tal definição não foi incorporada à lei brasileira.

Em relação à definição de conhecimento tradicional, a principal inovação da nova lei é a sua subdivisão em duas categorias, para fins de acesso e repartição de benefícios: o CTA

⁵ Um dos benefícios do consumo de frutas e outros vegetais é geralmente atribuído aos flavonoides, uma vez que a essa classe de substâncias são atribuídos diversos efeitos biológicos que incluem, entre outros: ação anti-inflamatória, hormonal, anti-hemorrágica, antialérgica e anticâncer. Tanto a indústria como pesquisadores e consumidores têm demonstrado grande interesse nos compostos flavonoides pelo seu potencial na prevenção do câncer e de doenças cardiovasculares devido às suas propriedades antioxidantes. Diversas plantas medicinais possuem flavonoides dentre seus constituintes químicos, sendo exemplos importantes o ginko e o maracujá.

⁶ Alcaloide é uma substância derivada principalmente de plantas (mas não somente, podendo ser também derivada de fungos, bactérias e, até mesmo, de animais). Seus nomes comuns, e que estamos mais habituados a ver, geralmente terminam com o sufixo ina: cafeína (do café), cocaína (da coca), (do jaborandi), etc. São os principais terapêuticos naturais com ação anestésica, analgésica, psicoestimulante, neurodepressora, etc.

de “origem identificável” e o CTA de origem “não identificável”. A segunda categoria foi definida como o “CTA em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional” (BRASIL, 2015). A *contrario sensu*, o CTA de “origem identificável” é aquele em que é possível fazer tal vinculação.

Ao fazer tal distinção, a nova lei busca solucionar as complexas situações de compartilhamento de conhecimentos tradicionais por diversas comunidades indígenas e/ou tradicionais, que são muito comuns⁷. Ocorrem também com frequência as situações em que o acesso ao PG e/ou CTA se dá através de feiras, mercados, etc. Em tais situações, pode ser muito difícil para o usuário de tais conhecimentos (amplamente compartilhados ou difusos) identificar todos os titulares de direitos sobre os mesmos, obter o seu consentimento prévio e repartir os benefícios derivados de sua utilização com todos eles. A nova lei adotou as seguintes soluções: exige o consentimento prévio informado das comunidades detentoras apenas em relação ao CTA de origem identificável, e o dispensa quando se trata de CTA de origem não identificável.

⁷ Há também situações em que o mesmo conhecimento tradicional associado a recursos genéticos é compartilhado por uma ou mais comunidades indígenas e tradicionais baseadas em diferentes países, ou que os mesmos recursos genéticos são encontrados no território de mais de um país. No Brasil, há 43 povos indígenas que têm parte de sua população vivendo em outros países, e nas Américas, o compartilhamento de recursos genéticos é muito comum entre países situados em uma mesma ecorregião (Amazônia, Andes, Mesoamérica, etc.).

Entretanto, nem sempre é fácil a distinção entre as duas situações (quando CTA é ou não de origem identificável). Vejamos o exemplo do acesso a conhecimentos tradicionais detidos por vendedoras de ervas medicinais e aromáticas do Mercado Ver-o-Peso, de Belém-PA: seria muito difícil identificar todas as detentoras de tais conhecimentos, tão enraizados no cotidiano de inúmeras comunidades amazônicas, mas não se pode dizer que são conhecimentos de origem “não identificável”. Certamente será possível “[...] vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional” (BRASIL, 2015), mais do que isto, será possível vincular as origens de tais conhecimentos a diversas comunidades amazônicas. São, na verdade, conhecimentos amplamente compartilhados ou difusos, e a sua vinculação a determinadas comunidades tradicionais é possível, mas extremamente difícil e onerosa. A exigência legal de obtenção do consentimento prévio informado de todas as comunidades detentoras de tais conhecimentos tradicionais compartilhados desencorajaria qualquer pesquisa. Estas comunidades devem, entretanto, usufruir coletivamente da repartição dos benefícios derivados da utilização de seus conhecimentos tradicionais, pois são titulares de direitos coletivos sobre ela, e tais direitos foram resguardados pela nova lei.

Outro exemplo se refere aos conhecimentos tradicionais associados à erva-baleeira (*Cordia verbenacea*), também conhecida como maria-milagrosa, uma planta nativa da Mata

Atlântica brasileira, a partir da qual foi desenvolvido um novo medicamento anti-inflamatório, o *Acheflan*. Como solicitar o consentimento prévio de todas as comunidades litorâneas que utilizam tradicionalmente a erva-baleeira para fins medicinais? Em virtude das dificuldades em tais casos, a lei dispensou o consentimento prévio informado das comunidades detentoras de tais conhecimentos tradicionais, que são considerados de “origem não identificável”. Na verdade, a identificação das origens de tais conhecimentos é possível, mas extremamente complexa e onerosa, tendo em vista a sua natureza amplamente difusa e compartilhada.

Se o consentimento prévio das comunidades detentoras de conhecimentos tradicionais de origem não identificável é dispensado pela lei, o mesmo não ocorre em relação à repartição dos benefícios derivados de sua utilização econômica. A repartição de benefícios, em tais casos, será feita por meio de depósito, no Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (FNRB), do valor correspondente a 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica, que deverá apoiar atividades destinadas a “[...] valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados [...]” (BRASIL, 2015), e promover o desenvolvimento social, cultural e econômico de comunidades tradicionais. Trata-se de um percentual fixo, que será irrisório em muitas situações de utilização de conhecimentos tradicionais para fins econômicos.

Diversa é a situação em que o conhecimento tradicional é

de “origem identificável”, em que o acesso está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado das comunidades detentoras. Podemos citar como exemplo os conhecimentos tradicionais detidos pelo povo indígena *Katukina* (do Acre) sobre o uso do veneno do sapo *kampo* (*Phyllomedusa bicolor*) como estimulante e revigorante para os caçadores, para “tirar panema” (azar na caça) e para outros males. Os *Katukina* fazem o que chamam de “injeções de sapo”: depois de fazerem pequenas feridas sobre a pele, com queimaduras, esfrega-se a substância do dorso do sapo nas feridas (CUNHA; ALMEIDA, 2002). A secreção do sapo tem cerca de 200 moléculas com potencial de uso comercial, especialmente para o desenvolvimento de fármacos. Apesar dos *Katukina* serem os principais detentores de tais conhecimentos, eles são compartilhados por outros povos indígenas que vivem no Acre, como os *Yawanawá* e *Kaxinawá*. Trata-se, portanto, de conhecimentos compartilhados por vários povos indígenas, mas cuja origem é identificável.

Em relação ao CTA de “origem identificável”, a nova lei estabelece que: “Em qualquer caso, presume-se, de modo absoluto, a existência de demais detentores do mesmo conhecimento tradicional associado” (BRASIL, 2015). Ou seja, a lei estabelece uma presunção absoluta de que todo e qualquer conhecimento tradicional é sempre compartilhado por duas ou mais comunidades, e que os codetentores terão sempre direito de receber (através do Fundo Nacional de Repartição dos Benefícios) a metade do percentual da receita líquida anual devida pelo usuário a título de

repartição de benefícios. No caso, por exemplo, de uma empresa pretender acessar os conhecimentos tradicionais associados ao referido veneno do sapo *kampo*, ela deverá celebrar um acordo de repartição de benefícios com os *Katukina*. Além disso, a empresa deverá depositar no referido Fundo o valor correspondente à metade de 1% de sua receita líquida anual, ou seja, 0,5% (meio por cento), destinado à repartição dos benefícios com os demais povos indígenas detentores de tais conhecimentos. Trata-se de um valor fixo (0,5%, meio por cento), que independe da quantidade de codetentores.

Outra inovação da lei é ampliar as formas de comprovação do consentimento prévio informado, que passam a incluir não só a assinatura do termo de consentimento prévio como também o registro audiovisual do conhecimento e o parecer do órgão oficial competente (que não poderá, em qualquer hipótese, substituir a manifestação de vontade da comunidade, mas apenas atestar que a comunidade deu o seu consentimento prévio para o acesso ao CTA).

A lei estabelece ainda que o intercâmbio e a difusão de patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado praticados entre si por populações indígenas, comunidade tradicional ou agricultor tradicional para benefício próprio e baseados em seus usos, costumes e tradições são isentos das obrigações da lei (de solicitar o consentimento prévio e repartir benefícios), o que é coerente com a manutenção das redes sociais

de compartilhamento de recursos e saberes, tão essenciais para a conservação da biodiversidade.

Acrescenta a nova lei que o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser depositado em bancos de dados. Ela também estabelece que são formas de reconhecimento dos conhecimentos tradicionais associados, entre outras: as publicações científicas, os registros em cadastros ou bancos de dados ou inventários culturais (como os que têm sido realizados pelo Iphan, através de registros de bens culturais imateriais em livros de registro de saberes, celebrações, formas de expressão e lugares)⁸.

A nova lei adota a definição de comunidade tradicional já prevista no Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais, como:

[...] grupo culturalmente diferenciado e que se reconhece como tal, que possui forma própria de organização social, e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (BRASIL, 2015).

Tal conceito inclui não só povos indígenas e quilombolas

⁸ Para mais informações, consultar: SANTILLI, Juliana; BUSTAMANTE, Patrícia; BARBIERI, Rosa Lia. Agrobiodiversidade e manifestações culturais tradicionais. In: _____. *Agrobiodiversidade: coleção transição agroecológica*. Brasília: Embrapa, 2015. No prelo.

mas também seringueiros, caiçaras, pescadores artesanais, quebradeiras de coco babaçu, castanheiros, etc.

Apesar da adoção de tal definição de comunidade tradicional, mais abrangente e inclusiva do que a definição anterior de “comunidade local” da Medida Provisória nº 2.186-16/2001, a nova lei não utilizou o conceito de “povo”, o que representa um retrocesso. Afinal, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em vigor no Brasil desde 2003⁹, já consagra o conceito de “povos”, adotando a autoidentificação (a consciência de sua identidade indígena ou tribal) como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as suas normas. A Convenção 169 deixa claro que o uso do termo “povos” não deverá ser interpretado com nenhuma implicação no que se refere aos direitos que possam ser atribuídos no direito internacional (ou seja, a possibilidade de constituírem Estados independentes). Portanto, a resistência dos deputados e senadores em adotar o conceito de “povos” na nova lei não tem qualquer fundamento jurídico.

A Convenção 169 assegura aos povos indígenas e tribais o direito de consulta prévia sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os seus direitos, de decidirem suas próprias prioridades de desenvolvimento e de participar da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de

⁹ A Convenção 169 da OIT foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 143, de 20/6/2002, e entrou em vigor um ano após a sua aprovação, ou seja, em junho de 2003. Ela foi promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004.

desenvolvimento nacional e regional que os afetem diretamente. Os povos e comunidades tradicionais, assim como os indígenas e quilombolas, têm os seus direitos reconhecidos pela referida Convenção.

4 Pesquisa Científica e Desenvolvimento Tecnológico: Acesso e Repartição de Benefícios

A nova lei desonera e facilita a pesquisa científica envolvendo acesso ao patrimônio genético, ao substituir a autorização de acesso ao patrimônio genético, que era concedida pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), por um simples cadastro. Nos termos da nova lei, estarão sujeitos a cadastro (instrumento de natureza autodeclaratória):

- a) o acesso a patrimônio genético (PG) ou conhecimento tradicional associado (CTA) dentro do país, por pessoa natural ou jurídica nacional, pública ou privada;
- b) o acesso a PG ou CTA por pessoa jurídica sediada no exterior associada à instituição nacional de pesquisa (pública ou privada);
- c) o acesso a PG ou CTA realizado no exterior, por pessoa natural ou jurídica nacional, pública ou privada. A nova lei não permite o acesso a PG ou CTA por pessoa natural estrangeira ou por pessoa jurídica sediada no exterior que não esteja associada à instituição nacional.

Ao instituir o simples cadastro para tais atividades, a nova lei atende os pesquisadores e instituições de pesquisa científica, que sempre consideraram o processo de obtenção da autorização

do CGEN extremamente complexo e demorado, dificultando as pesquisas e o desenvolvimento tecnológico com componentes da biodiversidade brasileira. Neste ponto, está em sintonia com o Protocolo de Nagoya, que estabelece que os países devem

[...] criar condições para promover ou encorajar pesquisa que contribua para a conservação e uso sustentável da diversidade biológica, particularmente nos países em desenvolvimento, *incluindo por meio de medidas simplificadas de acesso para finalidades de pesquisa não comercial*, levando em consideração a necessidade de mudança de intenção para essa pesquisa (BRASIL, 1998, grifo nosso).

A Medida Provisória nº 2.186-16/2001 não estabelecia distinções entre as condições de acesso para fins de pesquisa e comercial, mas o CGEN criou normas diferenciadas para o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado com potencial ou perspectiva de uso comercial e para finalidade de pesquisa científica. Tal distinção é necessária, pois muitas pesquisas envolvendo a biodiversidade brasileira não têm quaisquer finalidades comerciais, ainda que sejam muito importantes para gerar novos conhecimentos. Entretanto, como destaca o próprio Protocolo de Nagoya, pesquisas que originariamente não tinham finalidades comerciais podem vir a tê-las e, nesse caso, passará a ser obrigatória a repartição dos benefícios econômicos.

Durante a tramitação, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 7.735/2014 (que deu origem à Lei nº 13.123/2015),

a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), que representa cerca de 130 sociedades científicas das áreas biológicas, exatas, humanas e tecnológicas, defendeu a posição de que toda pessoa jurídica estrangeira que quisesse acessar componente do patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado deveria se associar a uma instituição nacional, e esse posicionamento acabou prevalecendo. Trata-se de uma forma de assegurar que os resultados das pesquisas sejam revertidos em benefícios monetários e não monetários para o país (como transferência de tecnologia, capacitação, participação no desenvolvimento de produtos biotecnológicos, etc.).

De qualquer forma, o cadastro deve ser realizado previamente à remessa, ao requerimento de qualquer direito de propriedade intelectual, à comercialização de produtos ou à divulgação de resultados, finais ou parciais, em meios científicos ou de comunicação.

Uma inovação significativa introduzida pela nova lei diz respeito à repartição de benefícios: a Medida Provisória nº 2.186-16/2001 exigia que, antes do desenvolvimento de qualquer produto ou processo comercial novo (com a utilização do PG ou CTA acessado), fosse celebrado o contrato de repartição de benefícios entre provedores e usuários de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados. A nova lei altera substancialmente tal exigência, ao estabelecer que, para a exploração econômica de produto ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético PG ou CTA de origem não identificável, será necessária

apenas a “[...] notificação do produto acabado ou do material reprodutivo ao CGEN” (BRASIL, 2015). Após tal notificação, o usuário terá o prazo de 365 dias para apresentar o acordo de repartição de benefícios ao CGEN.

No caso de acesso a patrimônio genético, compete ao usuário escolher a forma (monetária ou não monetária) de repartição dos benefícios¹⁰ derivados da utilização econômica do patrimônio genético. No caso de CTA de origem não identificável, o usuário escolhe se realiza o acordo de repartição de benefícios com a União ou se deposita diretamente no Fundo Nacional de Repartição de Benefícios o valor correspondente a 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica.

A possibilidade de o usuário escolher unilateralmente como repartir os benefícios viola frontalmente os princípios da CDB e do Protocolo de Nagoya, que estabelecem que as condições para o acesso aos recursos genéticos devem ser estabelecidas através de *termos mutuamente acordados* entre os provedores e usuários de

¹⁰ A presidente Dilma vetou o § 4º do art. 19 da Lei nº 13.123/2015, que estabelecia que: “[...] no caso de repartição de benefícios na modalidade não monetária decorrente da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético, o usuário indicará o beneficiário da repartição de benefícios”. Segundo a Mensagem nº 147, de 20/5/2015, em que a presidente Dilma comunica os vetos ao Congresso, o referido dispositivo foi vetado a pedido dos Ministérios do Meio Ambiente, Desenvolvimento Agrário, Justiça, Cultura e Secretaria de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República. Cento e cinquenta organizações, movimentos sociais, representantes de agricultores, povos e comunidades tradicionais também enviaram à presidente uma carta pedindo o veto de diversos dispositivos do Projeto de Lei nº 7.735/2014 (que deu origem à Lei nº 13.123/2015).

tais recursos. Isto evidentemente não ocorre quando a lei permite que o usuário defina sozinho quais benefícios irá repartir com a União em virtude do acesso aos recursos genéticos.

A nova lei permite ainda que um usuário de PG ou CTA de origem não identificável faça simplesmente uma “notificação” unilateral ao CGEN para que possa dar início à exploração econômica de um novo produto. Como a lei estabelece que o usuário terá 365 dias para apresentar o acordo de repartição de benefícios ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), ele poderá dar início à exploração econômica do novo produto antes mesmo de definir como será feita a repartição de benefícios. Tal possibilidade afronta princípio basilar da CDB e do Protocolo de Nagoya: a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais associados. Se o usuário poderá, por 365 dias, explorar comercialmente o novo produto sem ter sequer definido como repartirá os benefícios, a violação do referido princípio é evidente.

Apesar de a lei definir o patrimônio genético como “[...] bem de uso comum do povo [...]” (BRASIL, 2015), as normas estabelecidas para a sua utilização econômica revelam uma clara prevalência do interesse privado sobre o público. Exemplos claros dessa tendência são as diversas limitações que a nova lei impõe à repartição dos benefícios derivados de produtos desenvolvidos com base no acesso a PG ou CTA, que favorecem principalmente os interesses econômicos de usuários — indústria de fármacos,

cosméticos e agronegócio (indústria sementeira), e não o interesse público na conservação e no uso sustentável da biodiversidade e na repartição dos benefícios sociais e econômicos gerados por ela.

Exemplo disso é que a nova lei restringe a repartição de benefícios aos produtos incluídos em uma lista a ser estabelecida por decreto do Executivo. O texto final da lei não deixa claro se tal lista identificará os produtos isentos da obrigação de repartir benefícios ou se definirá quais serão os produtos sujeitos à repartição de benefícios, ou seja, se será uma lista positiva ou negativa. Em qualquer hipótese, tal previsão legal abre a possibilidade de o Executivo, por decreto, renunciar à repartição dos benefícios gerados pela exploração econômica de produtos desenvolvidos pelos setores usuários que tenham mais influência política sobre o governo.

Da mesma forma, a lei prevê a possibilidade de o Executivo celebrar um acordo com os setores usuários de PG ou CTA de origem não identificável para reduzir o valor da repartição monetária de benefícios — fixado em 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica — para até 0,1% (um décimo por cento), a fim de “[...] garantir a competitividade do setor contemplado [...]” (BRASIL, 2015). Mais uma vez, a lei abre brecha para que determinados setores usuários façam uma repartição irrisória dos benefícios derivados da utilização econômica dos produtos da biodiversidade.

A nova lei estabelece ainda que a repartição de benefícios só

é obrigatória em relação aos produtos “acabados”¹¹, isentando os produtos “intermediários”. Acrescenta que a obrigação de repartir benefícios só existe quando o componente do PG ou do CTA é “[...] um dos elementos principais de agregação de valor [...]” ao novo produto desenvolvido. Tais elementos são definidos como aqueles “[...] cuja presença no produto acabado é determinante para a existência das características funcionais ou para a formação do apelo mercadológico” (BRASIL, 2015). A excessiva restrição das situações que geram a obrigação legal de repartir benefícios reduz significativamente os recursos destinados à conservação e ao uso sustentável da biodiversidade. Na verdade, a lei transforma a obrigação de repartir benefícios em exceção, quando deveria ser regra.

Por outro lado, é uma inovação positiva incluir, entre os “elementos principais de agregação de valor” a novos produtos, a sua contribuição para a “formação do apelo mercadológico”. Isso significa que, independentemente da importância do PG ou CTA para a determinação das características funcionais do novo produto, a sua associação à sociobiodiversidade brasileira

¹¹ Segundo o art. 2º, XVI, da Lei 13.123, produto acabado é o “[...] produto cuja natureza não requer nenhum tipo de processo produtivo adicional, oriundo de acesso ao PG e ao CTA no qual o componente do PG ou do CTA seja um dos elementos principais de agregação de valor ao produto, estando apto à utilização pelo consumidor final, seja esta pessoa natural ou jurídica”. Já o produto intermediário é definido como “[...] produto cuja natureza é a utilização em cadeia produtiva, que o agregará em seu processo produtivo, na condição de insumo, excipiente e matéria-prima, para o desenvolvimento de outro produto intermediário ou de produto acabado” (BRASIL, 2015).

para fins de marketing obriga o usuário a repartir os benefícios derivados de sua exploração econômica. Assim, muitas empresas de cosméticos e fármacos que desenvolvem propagandas e estratégias de marketing buscando relacionar os seus produtos à sociobiodiversidade brasileira estarão obrigadas a repartir os benefícios gerados por sua exploração econômica, contribuindo para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade.

Quando o produto for oriundo de acesso à CTA de origem identificável, as comunidades detentoras dos CTAs (provedoras) terão direito a receber benefícios mediante acordo de repartição de benefícios, que definirá, em cada caso concreto, as formas de repartição. Tal acordo deverá indicar as condições, obrigações, tipos e duração dos benefícios de curto, médio e longo prazo. Os benefícios podem ser monetários ou não monetários, e, na segunda hipótese, incluem: projetos para conservação ou uso sustentável de biodiversidade ou para proteção e manutenção de conhecimentos, inovações ou práticas de populações indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultores tradicionais, preferencialmente no local de ocorrência da espécie em condição *in situ* ou de obtenção da amostra quando não se puder especificar o local original; transferência de tecnologias; disponibilização em domínio público de produto ou processo, sem proteção por direito de propriedade intelectual ou restrição tecnológica; licenciamento de produtos livre de ônus; capacitação de recursos humanos e distribuição gratuita de produtos em programas de interesse social.

O Protocolo de Nagoya também elenca (de forma não exaustiva) algumas modalidades de repartição de benefícios monetários e não monetários, como: taxas de acesso e por amostra coletada ou adquirida, pagamento de royalties, taxas de licenciamento em caso de comercialização, taxas especiais destinadas a fundos para apoio à conservação e ao uso sustentável da biodiversidade, entre os benefícios monetários. Entre os benefícios não monetários, são elencados: compartilhamento de resultados de pesquisa, colaboração, cooperação e contribuição em pesquisa científica e programas de desenvolvimento, particularmente em atividades de pesquisa biotecnológica, fortalecimento de capacidades para transferência de tecnologia, pesquisa voltada para necessidades prioritárias, tais como saúde e segurança alimentar, levando em consideração usos domésticos dos recursos genéticos na parte provedora desses recursos, etc. Ou seja, a nova lei segue orientação bastante próxima ao Protocolo.

5 Direitos de Propriedade Intelectual

Durante as negociações internacionais do Protocolo de Nagoya, uma das questões mais controvertidas foi a sua relação com os direitos de propriedade intelectual (patentes, etc.). Os países em desenvolvimento (ricos em biodiversidade) defenderam fortemente que o Protocolo deveria incluir a obrigação de que toda vez que fossem requeridos patentes ou outros direitos de propriedade intelectual sobre processos ou produtos desenvolvidos a partir do acesso a recursos genéticos e/ou conhecimentos tradicionais associados, o órgão patentário

deveria exigir do requerente a comprovação da origem lícita de tais recursos e/ou conhecimentos (ou seja, que tais recursos foram acessados de acordo com as leis de seus países de origem). Entretanto, tal obrigação ficou fora do texto final do Protocolo de Nagoya, por falta de consenso.

Os países megadiversos haviam proposto também que um ponto de controle e monitoramento obrigatório deveria ser o órgão patentário. Entretanto, o texto final do Protocolo não inclui uma lista de pontos de controle obrigatórios, e os países podem estabelecê-los em qualquer fase: pesquisa, desenvolvimento, inovação ou comercialização. Ou seja, tais pontos de controle poderão ou não incluir os órgãos patentários. Outros possíveis pontos de controle são as agências públicas de financiamento de pesquisas (que condicionariam o apoio financeiro à pesquisa à comprovação da origem lícita dos recursos genéticos a serem utilizados na pesquisa e/ou no desenvolvimento) ou os órgãos responsáveis por conceder autorizações e/ou registros para a comercialização de produtos derivados do uso da biodiversidade. Cabe aos países decidir sobre quais pontos de controle estabelecerão em seus territórios.

A demanda dos países da Ásia, América Latina e Caribe e África pela comprovação da origem do recurso genético e/ou conhecimento tradicional associado fosse exigida pelo órgão patentário já havia sido formulada por estes países perante o Conselho do TRIPS (sigla em inglês do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao

Comércio, da Organização Mundial do Comércio), mas não foi aprovada. Esta questão é discutida também no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), que criou, em 2000, o Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual, Recursos Genéticos, Conhecimento Tradicional e Folclore. O referido Comitê atualmente discute a elaboração de um instrumento internacional destinado a proteger os recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e as expressões culturais tradicionais.

Diversos países megadiversos, como Índia, Costa Rica, Panamá, África do Sul e os países da Comunidade Andina também fazem tal exigência em suas leis nacionais de acesso e repartição de benefícios. Trata-se de uma exigência fundamental para evitar que patentes e outros direitos de propriedade intelectual sejam concedidos sobre produtos ou processos desenvolvidos a partir de acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais realizado de forma ilegal (ou seja, sem cumprir as exigências de consentimento prévio informado e repartição de benefícios com o país de origem e suas comunidades tradicionais).

A utilização de direitos de propriedade intelectual para apropriação indevida de recursos e conhecimentos acessados de forma ilegal é a forma mais nefasta de biopirataria. Alguns exemplos de plantas nativas do Brasil usadas para o desenvolvimento de produtos posteriormente patenteados são a muirapuama (*Ptychopelatum spp*), tida como afrodisíaca e patenteada pela empresa japonesa *Taisho Pharmaceutical*, e a

erva-pombinha (*Phyllanthus nirui* Linn), que contem substâncias úteis ao tratamento da hepatite B e foi patenteada pela empresa norte-americana *Fox Chase Cancer Center* (HATHAWAY, 2002).

Enquanto for legalmente possível que uma empresa europeia ou japonesa (países onde estão concentradas as multinacionais da área biotecnológica) acesse material genético em um país megadiverso como o Brasil, leve-o para o exterior, identifique um princípio ativo, sintetize-o e obtenha uma patente sobre um produto ou processo resultante sem a imposição de qualquer sanção ou penalidade pelo sistema internacional, pouca eficácia concreta terão a CDB e o Protocolo de Nagoya. Foi por essa razão que os países ricos em biodiversidade insistiram tanto na necessidade de inclusão dos órgãos patentários entre os pontos de controle e monitoramento obrigatório, durante as negociações do Protocolo de Nagoya.

No Brasil, a Medida Provisória nº 2.186-16/2001 estabelecia que a concessão de direitos de propriedade industrial sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético estava condicionada à observância dos requisitos estabelecidos na referida Medida Provisória (anuência prévia e repartição dos benefícios), devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado. Dessa forma, pelo menos as patentes concedidas no Brasil estavam sujeitas a tal exigência.

Entretanto, a Lei nº 13.123/2015 alterou substancialmente tal exigência, e esse é, provavelmente, um dos mais graves

retrocessos da nova lei. Ela estabelece que a concessão de direito de propriedade intelectual sobre produto acabado ou sobre material reprodutivo obtido a partir de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado *fica condicionada ao cadastramento ou autorização*. A autorização é exigida apenas em situações excepcionais, como o acesso à área indispensável à segurança nacional ou a águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva. Nos demais casos, o cadastro é suficiente para o acesso ao PG ou CTA. Assim, o cadastro, instrumento de natureza autodeclaratória realizado pelo usuário de recurso genético ou conhecimento tradicional, passa a ser suficiente para a obtenção de direito de propriedade intelectual sobre um novo produto desenvolvido com base no recurso e/ou conhecimento acessado.

O cadastro não oferece nenhuma garantia de que o usuário obteve o consentimento prévio da comunidade detentora (exigido no caso de CTA de origem identificável) ou de que o usuário fez a repartição dos benefícios, em qualquer das modalidades previstas na própria lei (acordo de repartição de benefícios entre provedor e usuário, depósito no Fundo Nacional de Repartição Benefícios e/ou repartição de benefícios na modalidade não monetária).

A lei não poderia permitir a concessão de patentes sobre novos produtos antes da comprovação de que houve o consentimento prévio (quando ele é necessário) e a repartição de benefícios. Afinal, a concessão de uma patente assegura ao seu titular o direito de exploração exclusiva de um produto ou

processo, por um determinado período de tempo. O titular da patente tem o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto objeto de patente, processo ou produto obtido diretamente por processo patentado. Para que o usuário possa se apropriar de tal forma do novo produto desenvolvido com base no acesso a CTA ou PG, é essencial que ele tenha comprovado que cumpriu todos os requisitos legais, ou seja, que solicitou o consentimento prévio da comunidade detentora de conhecimento tradicional e de que repartiu benefícios.

6 Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (FNRB) e o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN)

A lei cria um Fundo Nacional de Repartição de Benefícios, em que serão depositados os valores provenientes da repartição de benefícios, quando esta ocorrer na modalidade monetária. Tal Fundo será utilizado para a implementação do Programa Nacional de Repartição de Benefícios, que deverá promover a conservação da biodiversidade, a recuperação, criação e manutenção de coleções *ex situ* de recursos genéticos, a proteção, promoção do uso e valorização dos conhecimentos tradicionais associados, o apoio aos esforços das comunidades e agricultores tradicionais no manejo sustentável e na conservação do patrimônio genético, a elaboração e execução dos Planos de Desenvolvimento Sustentável de Comunidades Tradicionais, entre outros objetivos.

Trata-se de um avanço em relação à Medida Provisória nº 2.186-16/2001, que estabelecia que se o contrato de repartição de

benefícios fosse celebrado com o proprietário de uma área privada onde está o recurso genético a ser acessado, os benefícios seriam revertidos ao proprietário. A Medida Provisória nº 2.186-16/2001 não previa nenhuma garantia de que os benefícios reverteriam em favor da conservação e do uso sustentável da biodiversidade.

Inovou positivamente a nova lei ao definir o patrimônio genético como “[...] bem de uso comum do povo [...]” (BRASIL, 2015) e estabelecer um Fundo destinado a apoiar iniciativas voltadas à valorização do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados. O Protocolo de Nagoya exige expressamente que os benefícios derivados da utilização de recursos genéticos sejam utilizados na conservação da diversidade biológica e no uso sustentável de seus componentes. Portanto, os recursos depositados em fundos de repartição de benefícios devem sempre apoiar a conservação e o uso sustentável da sociobiodiversidade, e não ser destinados a proprietários de áreas privadas.

A lei afirma ainda que a gestão de recursos monetários depositados no Fundo destinados a populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais será feita com a participação deles, e que os recursos monetários depositados no Fundo decorrentes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso a conhecimento tradicional associado serão destinados exclusivamente aos detentores de conhecimentos tradicionais associados. Estabelece, entretanto, que a composição, a organização e o funcionamento do

Comitê Gestor do referido Fundo serão definidos em regulamento a ser editado pelo Poder Executivo. É fundamental, portanto, que a elaboração de tal decreto conte com a participação de representantes das comunidades tradicionais.

Uma mudança positiva trazida pela lei foi em relação à composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN). Do Conselho, participavam representantes de órgãos governamentais, mas outros setores interessados, como as empresas de biotecnologia, as instituições científicas e as comunidades tradicionais, não eram membros. O CGEN podia convidar especialistas para participar de suas reuniões e subsidiar as suas decisões. Entretanto, tais especialistas não tinham direito a voto. A nova lei prevê que os representantes governamentais terão participação máxima de 60%, e que no mínimo 40% dos membros do CGEN serão representantes da sociedade civil, assegurada a paridade entre o setor empresarial, o setor acadêmico e as populações indígenas, comunidades e os agricultores tradicionais.

A participação de representantes de todos os atores sociais no conselho, com direito não apenas a voz, mas também a voto, é fundamental para que o conselho possa atuar como instância de mediação entre interesses potencialmente conflitantes, para que haja efetivo controle social sobre a sua atuação e para que as políticas de gestão do patrimônio genético se democratizem. Trata-se, portanto, de um avanço democrático da nova lei.

7 Competências para Fiscalização

A lei estabelece as sanções administrativas a serem aplicadas a quem viola, por ação ou omissão, as normas de acesso e repartição de benefícios. Tais sanções incluem multas, apreensão de produtos derivados de acesso ilegal ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, embargo de atividades e interdição parcial ou total de estabelecimento, atividade ou empreendimentos, entre outras. Atualmente, só é possível a aplicação de sanções administrativas e cíveis a quem viola as normas relativas ao acesso ao patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado, pois a biopirataria ainda não é punida criminalmente no Brasil. Quando a Lei nº 9.605/1998, denominada Lei de Crimes Ambientais, foi aprovada, o então presidente Fernando Henrique Cardoso vetou o art. 47, que previa o crime de biopirataria. Na forma como tal dispositivo estava redigido, era excessivamente abrangente, pois definia como biopirataria o ato de “[...] exportar espécie vegetal, germoplasma ou qualquer produto ou subproduto de origem vegetal, sem licença da autoridade competente” (BRASIL, 1998). Ou seja, ele permitia a interpretação de que qualquer exportação de espécie vegetal sem licença ou autorização administrativa caracterizaria a biopirataria. Na verdade, a biopirataria ocorre apenas quando a exportação visa ao acesso ao patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado ao produto exportado. As normas da CDB não se aplicam às *commodities* (milho, soja, café, cana de açúcar, algodão, etc.) que são comercializadas globalmente, mas não com

objetivo de acesso aos recursos genéticos e/ou a sua composição bioquímica para fins de pesquisa e desenvolvimento. Elas são comercializadas para o uso direto como *commodities*, e não são consideradas recursos genéticos ou derivados, ainda que sejam recursos biológicos. Tramitam, entretanto, diversos projetos de lei no Congresso que têm como objetivo estabelecer sanções criminais para a biopirataria.

A presidente vetou o art. 29 do Projeto de Lei nº 7.735/2014 (que deu origem à Lei nº 13.123/2015). Esse artigo definia as competências do Ibama, da Funai, do Ministério da Agricultura, do Comando da Marinha e do Ministério da Defesa para fiscalizar as infrações administrativas contra o patrimônio genético e contra o conhecimento tradicional associado. Entretanto, o artigo foi vetado porque a atribuição de competências internas ao Poder Executivo é matéria de iniciativa privada do presidente da República, não podendo ser alterada por iniciativa do Legislativo.

8 Isenção da Obrigação de Repartir Benefícios

Um dos vetos da presidente ao Projeto de Lei nº 7.735/2014 (que deu origem à Lei 13.123/2015) ocorreu em relação ao art. 17, §10, que estabelecia que a:

[...] exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo realizada a partir da vigência desta lei, *resultado de acesso ao patrimônio genético realizado antes de 29 de junho de 2000*, fica isenta da obrigação de repartição de benefícios, mediante comprovação do usuário, na forma do regulamento (BRASIL, 2014, grifo nosso).

A expressão em *itálico* foi o principal motivo do veto que a presidente acertadamente fez a este dispositivo. Ao vincular a repartição de benefícios à data do acesso e não à da *exploração econômica*, o dispositivo abria grave brecha para fraudes à regra geral de repartição de benefícios. Afinal, sob o argumento de que o acesso ocorreu *antes de 29 de junho de 2000* (data da entrada em vigor da primeira edição da Medida Provisória que regulamentou o acesso e repartição de benefícios no Brasil), muitos usuários poderiam tentar se furtar à obrigação de repartir benefícios gerados pela exploração econômica realizada posteriormente a esta data. De qualquer forma, a comprovação da data em que o acesso ocorreu seria extremamente complexa, e dificultaria a fiscalização do efetivo cumprimento da obrigação de repartição de benefícios, um dos pilares de toda a legislação.

9 Conclusão

O Brasil teve um papel fundamental nas negociações internacionais do Protocolo de Nagoya e, como o país mais rico em biodiversidade do mundo, é de seu interesse direto que esse instrumento seja incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Alguns dispositivos da nova lei de acesso e repartição de benefícios (Lei nº 13.123/2015) estão em sintonia com a Convenção da Diversidade Biológica (CDB) e com o Protocolo de Nagoya, mas outros não. Por um lado, a lei inova positivamente ao facilitar o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado para fins de pesquisa científica, pois

a produção de conhecimentos sobre a sociobiodiversidade brasileira é extremamente bem-vinda e necessária. Afinal, a sociobiodiversidade brasileira (a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, detidos por comunidades locais) ainda é muito pouco conhecida e é subexplorada comercialmente.

A nova lei avança também ao buscar soluções para as situações em que os conhecimentos tradicionais são compartilhados por diversas comunidades ou são de natureza difusa e de origem dificilmente identificável. Mantém ainda a exigência do consentimento prévio informado de comunidades detentoras de conhecimentos tradicionais de origem identificável, buscando, assim (pelo menos em tese) promover os princípios de lealdade e transparência nas relações entre pesquisadores e empresas e comunidades tradicionais.

Além disto, a lei cria um fundo nacional de repartição de benefícios derivados do uso da sociobiodiversidade, e prevê a destinação de seus recursos a iniciativas que promovam a conservação e o uso sustentável da biodiversidade e beneficiem populações tradicionais que conservam tais recursos, o que também é positivo e está em sintonia (neste ponto) com a CDB e com a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos Tradicionais.

Entretanto, a nova lei traz também retrocessos e incongruências inaceitáveis, o que reflete a pouca participação de representantes de povos e comunidades tradicionais e de

organizações da sociedade civil na sua elaboração e discussão. Entre os retrocessos mais graves estão as sérias restrições à repartição de benefícios, que favorecem principalmente os interesses econômicos de usuários — indústria de fármacos, cosméticos e agronegócio (indústria sementeira), e não o interesse público na conservação e no uso sustentável da sociobiodiversidade. São restrições que contrariam o espírito e a letra da Convenção da Diversidade Biológica (CDB) e do Protocolo de Nagoya.

Constitui também retrocesso inaceitável a previsão legal de que a concessão de direito de propriedade intelectual sobre produto acabado ou sobre material reprodutivo obtido a partir de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado *condicionada apenas ao cadastramento*. O cadastro, instrumento de natureza autodeclaratória realizado pelo próprio usuário de recurso genético ou conhecimento tradicional, passa a ser suficiente para a obtenção de direito de propriedade intelectual sobre um novo produto desenvolvido com base no recurso e/ou conhecimento acessado. Tal previsão estimula a apropriação privada de recursos e saberes coletivos, através do uso de instrumentos de propriedade intelectual.

O Brasil perde, desta forma, oportunidade de auferir os amplos benefícios sociais e econômicos gerados pela exploração de sua rica sociobiodiversidade e de dar um importante salto em direção à economia verde e ao desenvolvimento sustentável.

Title: Biodiversity and Associated Traditional Knowledge: the New Legal Protection Regime

Abstract: The article discusses the international instruments aimed at protecting biodiversity and associated traditional knowledge, especially the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol. It analyses the new national regime on access and share of benefits derived from the utilization of genetic resources and associated traditional knowledge, and the main innovations brought by the recently approved Law n° 13.123, of May 20, 2015, which replaced the Administrative Act n° 2.186-16/2001, and will enter into force six months after its official publication. The article focuses mainly on wild biodiversity, and its utilization for pharmaceutical, cosmetic, chemical and industrial purposes

Keywords: Biodiversity. Traditional knowledge. Convention on biological diversity. Law n° 13.123/2015.

Referências

AUBERTIN, Catherine; FILOCHE, Geoffroy. The Nagoya Protocol on the use of genetic resources: one embodiment of an endless discussion. *Revista Sustentabilidade em Debate*, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 51-64, jan./jun. 2011.

BAVIKATTE, Kabir; ROBINSON, Daniel F. Towards a people's history of the law: biocultural jurisprudence and the Nagoya Protocol on access and benefit sharing. *Law, Environment and Development Journal*, London, v. 7, n. 1, p. 35-51, 2011.

BENSUSAN, Nurit. Tristeza não tem fim, biodiversidade sim... *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 11 maio 2015. Opinião, p. 11.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 7.735/2014*. Regulamenta o inciso II do § 1° e o § 4° do art. 225 da Constituição; os arts. 1, 8, j, 10, c, 15 e 16, §§ 3 e 4

da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998 [...]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8EE22F2B0F7327240FB79F94FD80FEED.proposicoesWeb1?codteor=1262635&filename=PL+7735/2014>. Acesso em: 3 abr. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo nº 2, de 1994*. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/agencia-informma/item/7513-conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-diversidade-biol%C3%B3gica-cdb>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica [...]. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 maio, 2015.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da

Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica [...]. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 ago. 2001.

CABRERA MEDAGLIA, Jorge; PERRON-WELCH, Frederic; RUKUNDO, Olivier. *Overview of national and regional measures on access to genetic resources and benefit-sharing: challenges and opportunities in implementing the Nagoya Protocol*. 2nd ed. Montreal: Centre for International Sustainable Development Law, 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro da; ALMEIDA, Mauro Barbosa de (Org.). *Enciclopédia da floresta. O alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CURCI, Jonathan. *The protection of biodiversity and traditional knowledge in international law of intellectual property*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

DIAS, Jaqueline Evangelista; LAUREANO, Lourdes Cardozo (Coord.) *Farmacopéia popular do Cerrado*. Buriti de Goiás: Articulação Pacari, 2009.

DIEGUES, Antônio Carlos; ANDRELLO, Geraldo; NUNES, Márcia. Populações tradicionais e biodiversidade na Amazônia: levantamento bibliográfico georreferenciado. In: CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro et al. (Org.). *Biodiversidade na Amazônia brasileira: avaliação e ações*

prioritárias para a conservação, uso sustentável e repartição de benefícios. São Paulo: Estação Liberdade; Instituto Socioambiental, 2001. p. 205-224.

FERREIRA, Simone Nunes; CLEMENTINO, Adriana Nogueira. *Legislação de acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios*. Brasília, DF: Embrapa, 2010.

GLOWKA, Lyle; NORMAND, Valérie. The Nagoya Protocol on access and benefit-sharing: innovations in international law. In: MORGERA, Elisa; BUCK, Matthias; TSIUOMANI, Elsa (Ed.). *The 2010 Nagoya Protocol on access and benefit-sharing in perspective*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 21-51.

GREIBER, Thomas et al. *An explanatory guide to the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing*. Gland, CHE: IUCN Environmental Law Centre, 2012.

HATHAWAY, David. A biopirataria no Brasil. In: BENSUSAN, Nurit (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade: como, para que, por que. Brasília: Universidade de Brasília; Instituto socioambiental, 2002.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Organizações e movimentos sociais enviam carta à presidente Dilma pedindo veto a projeto de lei da biopirataria*. São Paulo, 6 maio 2015. Disponível em: <www.socioambiental.org>. Acesso em: 10 maio 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Recomendações de veto ao Projeto de Lei nº 7.735/2014*. Nota Técnica de 4 de maio de 2015. Relatores: Mauricio Guetta; Nurit Rachel Bensusan. São Paulo, 4 maio 2015. Disponível em: <www.socioambiental.org>. Acesso em: 10 maio 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Senado aprova texto principal de projeto sobre biodiversidade, incluindo alguns avanços. São Paulo, 9 abr. 2015. Disponível em: <www.socioambiental.org>. Acesso em: 10 maio 2015.

JUNGCURT, Stefan et al. Summary of the tenth conference of the parties to the convention on biological diversity, *Earth Negotiations Bulletin*, New York, v. 9, n. 544, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.iisd.ca/biodiv/cop10>>. Acesso em: 10 set. 2013.

KAMAU, Evanson C.; WINTER, Gerd (Ed.). *Genetic resources, traditional knowledge & the law*. London: Earthscan, 2009.

KISHI, Sandra Akemi; KLEBA, John Bernhard (Coord.). *Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KOUTOUKI, Konstantia. *The Nagoya Protocol: status of indigenous and local communities*. Montreal, Ca: Centre for International Sustainable Development Law, 2011.

LAPEÑA, Isabel; LÓPEZ-NORIEGA, Isabel; TURDIEVA, Muhabbat. *Guidelines: access and benefit-sharing in research projects*. Rome: Bioersity International, 2012.

MEYER, Hartmut et al. *Nagoya Protocol on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization: background and analysis*, Berne Declaration, Bread for the World. Tebtebba, PH: Ecoropa, 2013.

MOREIRA, Adriana et al. Pharmaceutical patents on plant derived materials in Brazil: policy, law and statistics. *World Patent Information*, v. 28, n. 1, p. 34-42, mar. 2006.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Rio de Janeiro, 2008.

NIJAR, Gurdial Singh. *The Nagoya Protocol on access and benefit-sharing of genetic resources: analysis and implementation options for developing countries*. Kuala Lumpur, Mal: South Centre and Centre of Excellence for Biodiversity Law, 2011.

ROBINSON, Daniel. *Confronting biopiracy: challenges, cases and international debates*. London: Earthscan, 2010.

RUIZ MULLER, Manuel. *Protecting shared and widely distributed traditional knowledge: issues, challenges and options*. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development; Lima: Peruvian Society for Environmental Law, 2013.

SANTILLI, Juliana. *Agrobiodiversity and the law: regulating genetic resources, food security and cultural diversity*. London: Earthscan, 2012.

SANTILLI, Juliana. *Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores*. São Paulo: Peirópolis, 2009.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis; Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

TVEDT, Morten W.; YOUNG, Tomme. *Beyond access: exploring implementation of the fair and equitable sharing commitment in the CBD*. Gland, CHE: IUCN - The World Conservation Union, 2007. (IUCN Environmental policy and law paper, 67/2).

VARELLA, Marcelo; Platiau, Ana Flávia (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VILLAS BOAS, Glauco de Kruse. *Inovação em medicamentos da biodiversidade: uma adaptação necessária (ou útil) nas políticas públicas*. 2013. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Fundação Oswaldo Cruz; Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Aroucha, Rio de Janeiro, 2013.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime jurídico de proteção. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 21-73, 2015. Anual.

Submissão: 9/6/2015

Aceite: 10/7/2015

O Ingresso no Serviço Público Mediante Cotas Raciais: uma Questão de Igualdade, de Mérito ou de Oportunidade?

José Wilson Ferreira Lima

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT. Pós-Graduação *stricto sensu*: Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Pós-Graduações *lato sensu*: Especialista em Direito Constitucional Positivado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Cooperação e Assistência Técnica da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – ICAT/UDF.

Resumo: O presente artigo aborda a questão da reserva de cargos e empregos públicos aos negros, para ingresso no serviço público da União, nos termos da Lei 12.990/2014. Preocupa-se em analisar aspectos comuns desse novo sistema com o sistema de cotas para o ingresso no ensino superior público e avaliar em que medida esse sistema poderá beneficiar ou prejudicar a população negra brasileira.

Palavras-chave: Sistema de cotas raciais. Serviço público da União.

Sumário: Introdução. 1 Aspectos Normativos da Proteção Antidiscriminatória Racial. 2 A Composição Racial Brasileira. 3 Minorias e Classes Suspeitas. 4 Compensação de Prejuízos e Oposições ao Sistema. 5 Conclusão: Preparando o Futuro. Referências.

Introdução

A nova ordem política brasileira considerou relevante estabelecer meios e critérios para promover a igualdade racial,

a partir da promoção do bem-estar geral (*welfare*), expurgando preconceitos de origem, raça, sexo, cor etc., repudiando a prática do racismo e punindo-a como infração penal. Tudo isso deve ser considerado na perspectiva de que a nação é política, social, religiosa e culturalmente pluralista, ao mesmo tempo em que também é inspirada pela pretensão de tornar-se mais justa, segundo a proposta constitucional que instituiu o regime da igualdade geral de todos os brasileiros, vedando quaisquer distinções, senão aquelas previstas em lei. Com essa concepção, a Constituição Federal (CF) expressamente dispôs sobre os objetivos fundamentais e os princípios de relação com a comunidade internacional, que devem ser seguidos pela República Federativa do Brasil (BRASIL, 2014a).

A partir desses comandos de matriz constitucional, o Estado instituiu uma política específica, voltada para o aprimoramento de uma das vertentes da pretendida redução da desigualdade, mediante a adoção de um estatuto próprio. Esse documento se configura como a primeira ferramenta legislativa com a pretensão de enfrentar e reduzir a desigualdade racial e garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, entre outros valores. Trata-se do Estatuto da Igualdade Racial (BRASIL, 2010).

Um importante referencial normativo disposto pelo estatuto é que o Estado assumiu, formal e expressamente, o dever de atuar juntamente com a sociedade para garantir a igualdade de oportunidades, o que abrange desde atividades políticas, culturais,

educacionais e religiosas até a defesa da dignidade reconhecida em favor de todos os cidadãos (BRASIL, 2010). Para assegurar essa expectativa, a lei reservou aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos para os cargos e empregos públicos da União (BRASIL, 2014).

Diante desse quadro e considerando que a igualdade de oportunidades demanda uma reformulação geral do cenário político e administrativo do Estado, de modo a propiciar a todos o acesso livre aos bens da vida, mostra-se oportuno questionar se o acesso de indivíduos negros aos cargos públicos mediante cotas em concursos públicos é mesmo uma medida funcional e eficaz para o propósito de reduzir as desigualdades desse grupo perante a população brasileira.

O objetivo deste estudo consistirá em abordar a questão das desigualdades decorrentes da condição da raça, avaliando o passado e o desenvolvimento da população negra no Brasil, especialmente a partir dos movimentos abolicionistas para, ao final, compreender e dimensionar a validade da aplicabilidade da ação afirmativa. Medida que pretende, pela via da reserva legal de vagas no serviço público, permitir o acesso de parte da população negra a essa espécie de atividade, considerando, entre outros fatores, se a medida é viável, se realmente trará algum favorecimento aos negros e se não se constituirá em um novo mecanismo de fortalecimento e de aprofundamento do preconceito racial. Em resumo, o problema a ser enfrentado passa por uma

avaliação técnica e descomprometida com qualquer valoração política sobre a ação afirmativa proposta.

A hipótese que se encaminha para a solução deste problema, ainda que parcialmente, não é a de que a reserva de cargos públicos em favor da população negra possa ser uma medida funcional e eficazmente proveitosa para essa categoria racial. Defende-se a tese de que a melhor solução para a redução das desigualdades nesse nível passa necessariamente pela melhoria qualitativa do ensino público, com a facilitação de acesso a todos, em toda a extensão do território nacional, beneficiando igualmente brancos, negros, amarelos e indígenas, de modo que estes possam concorrer em plena igualdade de condições não apenas aos cargos e empregos públicos, mas também aos empregos disponíveis no setor privado.

1 Aspectos Normativos da Proteção Antidiscriminatória Racial

A primeira importante referência normativa sobre a questão da proteção contra as formas de preconceito racial foi estabelecida pela *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), que, em seu artigo 1º, dispôs sobre o significado ou conteúdo da “discriminação racial”, considerando-a como:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha por objetivo ou efeito anular ou restringir o

reconhecimento, gozo ou exercício, em pé de igualdade, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no campo político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública (UNITED NATIONS, 1965).

Essa Convenção foi adotada pela Assembleia Geral da ONU, nos termos da Resolução nº 2106/1965, e entrou em vigor em janeiro de 1969. Pode ser considerada o primeiro estatuto de abrangência internacional a dispor, especificamente, sobre uma questão que afeta todos os povos em várias partes do planeta e em regimes de ordens política, social e religiosa bastante diversificados. Em razão de sua importância no cenário mundial, ela rapidamente produziu efeitos no âmbito da política interna de inúmeras nações, que criaram estatutos próprios predispostos ao enfrentamento dos problemas decorrentes da discriminação racial. Ainda no ano de 1969, a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos adotou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos,¹ que em seus artigos 1º e 2º igualmente dispôs sobre a especificação das obrigações a serem cumpridas pelos Estados participantes:

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer

¹ A referida Convenção também é conhecida como *Pacto de San Jose da Costa Rica*.

outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Muito tempo depois, a República Federativa do Brasil, mediante decreto, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dispondo sobre sua obrigatoriedade e estrito cumprimento (BRASIL, 1992). Essa Convenção se ajusta, internamente, com o princípio de regência das relações brasileiras com a comunidade internacional, à medida que assumiu o compromisso de repudiar o racismo (BRASIL, 2011) e, ao mesmo tempo, de fortalecer a promoção do bem coletivo, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 2011).

A normatividade internacional, ao ser acolhida como princípio interno com envergadura jurídico-constitucional, permitiu a conformação de um aparato normativo muito específico, voltado para o enfrentamento de problemas de várias matizes, decorrentes da discriminação racial. Ela restou substancialmente complementada pelas Leis nº 12.288/2010 e nº 12.990/2014, que dispuseram, respectivamente, sobre o Estatuto da Igualdade Racial e sobre a reserva, aos negros, de 20% das

vagas oferecidas nos concursos públicos para o provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Além dessas normas contemporâneas, é preciso destacar duas outras que podem ser consideradas marcos na história e na política do Estado brasileiro, no que diz respeito ao enfrentamento da discriminação racial. A primeira delas foi a lei imperial² que declarou livres os filhos de mulheres escravas nascidos após a edição da lei (BRASIL, 1871) e a segunda, a que declarou extinta a escravidão³ (BRASIL, 1888).

A partir da análise de todo esse conjunto de leis e do desdobramento histórico dos acontecimentos, foi possível estabelecer um estudo mais sistematizado acerca das identidades e das raças no Brasil:

Os estudos sobre a raça e a cor no Brasil ganham importância a partir da abolição da escravidão, no final do século XIX, sob o eixo de ideias como o determinismo racial, a degenerescência que adviria da mestiçagem e a noção de raças inferiores e superiores, vistas como essencialmente diferentes e desiguais (FARIAS, 2012, p. 262).

Com efeito, essas referências normativas permitem estabelecer uma linha da evolução cronológica dos acontecimentos envolvendo a questão racial no Brasil:

² Lei do Ventre Livre.

³ Lei Áurea.

Quadro 1 – Normas brasileiras que tratam sobre a questão racial, em ordem cronológica

Ano	Norma
1871	Lei que declarou livres os filhos de mulheres escravas nascidos após a edição da lei
1888	Lei que declarou extinta a escravidão no Brasil
1988	Promulgação da Constituição Federal
1992	Decreto que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos
2010	Lei que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial
2014	Lei que reservou aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos

Fonte: Presidência da República.

Percebe-se que, em aproximadamente um século e meio de história, os negros passaram da condição de escravos à de pessoas livres e, atualmente, com a possibilidade de ingressarem no serviço público por meio da reserva de vagas destinadas às pessoas que se declararem pretas ou pardas. Quem declarar essa condição como atributo individual passa a integrar o contingente humano da população negra do Brasil. E com tal qualificação, pretende-se que a participação deles na vida econômica, social, política e cultural ocorra em condições de igualdade de oportunidades, mediante a promoção e a implementação de algumas medidas inclusivas, entre as quais se inserem as políticas de Estado de

ações afirmativas (BRASIL, 2010).⁴ Nesse sentido, adotou-se o critério objetivo/normativo de se atribuir ao Estado e à sociedade o dever de garantirem a igualdade de oportunidades para todo cidadão brasileiro (BRASIL, 2010).⁵ E para alcançar esse objetivo, ao menos em parte, o Estado formulou a primeira ação afirmativa que pretende garantir o acesso da população negra ao serviço público da União (BRASIL, 2014). Nesse ponto, convém delimitar o sentido e a abrangência das ações afirmativas, que assim podem ser definidas:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES, 2003, p. 27).

Considerando o quadro cronológico anteriormente apresentado (Quadro 1), pode-se constatar que até o ano de 1992 não havia nenhuma ação prática do Estado que garantisse à população negra qualquer meio de se inserir no mercado formal de trabalho, senão normas ainda abstratas contidas na Constituição e que, até então, careciam de um mínimo de regulamentação e objetivação. Nos primeiros momentos, quando a população negra escrava foi libertada passou à condição de pessoas sem

⁴ Cf. Art. 4º da Lei 12.288/2010.

⁵ Cf. Art. 2º da Lei 12.288/2010.

ocupação, estabelecendo uma nova classe de pessoas livres, porém desocupadas e sem formação escolar. Além do fato de muitas encontrarem-se envelhecidas, doentes e sem capacidade laboral. Essa era uma situação considerada normal, embora fosse aviltante da dignidade da pessoa humana.

A proteção à população negra quanto a atos discriminatórios somente passou a existir com alguma forma e conteúdo a partir da promulgação da CF de 1988 e, mesmo assim, somente alcançou alguma concretude com a instituição do Estatuto de Igualdade Racial (2010) e, mais recentemente, com a edição da lei de cotas raciais para o ingresso no serviço público (2014). De qualquer forma, o que se observa é que a realidade brasileira não discrepa do que já se havia constatado em outras culturas, que apenas se limitaram a reproduzir normas, criando um aparato legislativo formal, com a crença de se ter garantido a construção de relações sociais mais equilibradas, sem distorções ou desigualdades raciais ou de outras espécies:

Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução, nos respectivos textos constitucionais, de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo (GOMES, 2003, p. 25).

No entanto, frente a essa realidade, a adoção de ações afirmativas mostrou-se um importante instrumento para a consolidação de alguns direitos, vindo em oposição à cômoda neutralidade do Estado diante de alguns problemas, graves e profundos, geradores de desigualdades:

A introdução das políticas de ação afirmativas, criação pioneira do Direito dos EUA, representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que em nome de uma suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça, cor, origem nacional. Nessa nova postura, passa o Estado a levar em conta tais fatores no momento de contratar seus funcionários, ou de regular a contratação por outrem, ou ainda no momento de regular o acesso aos estabelecimentos educacionais públicos e privados (GOMES, 2003, p. 26).

Diante desse novo cenário, revela-se importante perquirir se essa ação afirmativa será uma medida funcional e eficaz para atingir o propósito de redução das desigualdades ou se poderá ser um novo instrumento fomentador de mais preconceitos raciais; hipótese, provável e mais grave, que não pode ser desconsiderada.

2 A Composição Racial Brasileira

Antes de entrar no debate propriamente dito quanto às cotas raciais, é preciso, primeiramente, examinar a evolução quantitativa da população negra do Brasil e fazer um recorte temporal para delimitar essa análise. O ponto de partida será, portanto, o ano de 1870, em que houve a edição da Lei do Ventre Livre (1871), logo

após a realização do censo populacional iniciado no ano de 1870. Os dados apurados estimativamente, constantes dos registros históricos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, apontam que a população brasileira total no ano de 1872 era de 9.930.478 (IBGE, 2010b).

Àquela época, a população brasileira era composta por grupos diversos:

A maior parte dos levantamentos censitários da época dividia a população em pelo menos três segmentos: os brancos; a população de ascendência africana nascida no Brasil, mestiça ou não; e os pretos. Onde a população indígena assumia proporções significativas, essa categoria também se incorporava aos censos, descrita como caboclos. Em geral, os descendentes de africanos nascidos no Brasil eram classificados como crioulos ou, no caso daqueles nascidos de relações inter-raciais, como mulatos, pardos e/ou mestiços. Em contraposição, os africanos tendiam a aparecer como negros ou pretos (BOTELHO, 2005, p. 326).

Mas, atualmente, o Censo Demográfico de 2010 (IBGE, 2010a, p. 75-76) revelou um novo perfil da população brasileira, classificada em cinco categorias básicas: branca, preta, parda, amarela e indígena. Desse modo, para uma população total de 190.755.799 de residentes no ano de 2010 foram apurados os seguintes percentuais segundo a raça:

Tabela 1 – Distribuição percentual da população residente, segundo a cor ou raça

Categoria racial	População	Percentual (%)
Branca	91.000.000	47,7%
Parda	82.000.000	43,1%
Preta	15.000.000	7,6%
Amarela	2.000.000	1,1%
Indígena	817.000	0,4 %

Fonte: IBGE. Censo Demográfico 2000/2010.

Ao que interessa ao presente estudo, os dados numéricos quanto ao crescimento da população brasileira são determinantes. Primeiramente, revela-se significativamente importante focar os percentuais apurados. Nesse sentido, tenha-se em consideração que a lei que instituiu as cotas raciais para o ingresso no serviço público expressamente passou a considerar “negros” todos os candidatos que se declararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público desejado, utilizando, para tal fim, a classificação adotada pelo IBGE (BRASIL, 2014, p. 75-76). Tem-se, com isso, que a população negra, apurada no ano de 2010, formava a maioria da população brasileira, correspondendo ao somatório: 82.000.000 (pardos) + 15.000.000 (pretos) = 97.000.000 de habitantes negros, ou 50,7% da população total:

Tabela 2 – Distribuição percentual da população negra residente

Raça negra	População	Percentual (%)
Parda	82.000.000	43,1%
Preta	15.000.000	7,6%
Total	97.000.000	50,7%

Fonte: IBGE. Censo Demográfico 2000/2010.

Apreciando criticamente os dados obtidos, chega-se à fácil constatação de que a população total do Brasil circundava 10.000.000 de habitantes quando teve início o processo abolicionista, e com a edição da Lei do Ventre Livre, atualmente apenas a população negra atinge o patamar de 97.000.000 de indivíduos. Essa massa populacional é significativamente expressiva para evidenciar e caracterizar o perfil racial brasileiro que, seguramente, seguirá em forte tendência de crescimento. Por conta dessa realidade, é importante fazer uma rápida incursão noutra aspecto muitíssimo emblemático, para se ter uma avaliação séria e profunda da situação da raça negra, no que diz respeito à sua relação com o ensino acadêmico. Nesse aspecto, entende-se que “[...] as oportunidades entre negros e brancos não se deram de forma igualitária, e isto se refletiu também na realidade educacional” (REIS, 2007, p. 49). Aliado a isso, diz-se que existe uma cegueira racial “[...] que impede, ou dificulta, uma discussão profunda sobre as relações raciais brasileiras e, mais do que isso,

inibe ou tenta impedir a implementação de políticas públicas com base na raça” (REIS, 2007, p. 50).

De fato, o prejuízo decorrente do tratamento desigual pelo forte preconceito e até mesmo acentuado desprezo pela raça negra, em todos os seus aspectos (sua cultura, suas tradições, sua religiosidade etc.), ancorou-a no passado, no século XIX, mantendo-a isolada dos bens da vida, valiosos e somente acessíveis, em regra, à raça branca, como o acesso ao ensino formal e aos melhores empregos que o país tinha à disposição. Por conseguinte, sustenta-se a necessidade de algum mecanismo compensatório, ainda que se dê em caráter temporário.

Estudos realizados em torno dessa questão indicam, por exemplo, que um percentual muitíssimo reduzido de negros consegue alcançar o ensino superior, algo que não ultrapassa a marca dos 2%. Aliado a isso, há também as inúmeras restrições e dificuldades que os negros encontram para se manterem nos cursos superiores até a efetiva conclusão. Diante dessa realidade, foram articuladas ações afirmativas na esfera do ensino superior, com o propósito de favorecer o ingresso e a permanência de negros nas universidades públicas mediante a adoção de cotas raciais. Essa medida se revestiu de especial conteúdo valorativo social, que transcende os limites objetivos seguidos pelo Estado:

[...] estudantes negros são os primeiros da família a ingressar na Universidade. Então, a família se reúne para ajudar nos custeios de sua manutenção, sobretudo quando o jovem ingressa em cursos de alto prestígio. A Universidade é, para essas

famílias, uma possibilidade concreta de mobilidade social e, conseqüentemente, a garantia de um futuro melhor (REIS, 2007, p. 59).

Diante das dificuldades recorrentes, merece destaque a estratégia adotada por estudantes negros da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Eles criaram o Núcleo de Estudantes Negros Universitários (NENU), que se constituiu numa importante ferramenta de apoio, principalmente material, aos estudantes mais carentes:

O Nenu cresceu e se manteve buscando estratégias de acesso e permanência a população negra no ensino superior, e assim teve participação ativa na construção da Política de Cotas da UFBA e foi a primeira entidade estudantil a apresentar formalmente uma proposta de permanência dos estudantes ingressos pelo sistema de reserva de vagas, proposta esta que foi elogiada pelos dirigentes da Instituição e pelos membros dos órgãos suplementares, mas não foi implementada (REIS, 2007, p. 63).

Essa ocorrência permite aferir apenas uma ínfima parcela dos problemas enfrentados por uma “minoría” que atualmente representa, ao menos numericamente, a maioria da população brasileira.

3 Minorias e Classes Suspeitas

As dificuldades enfrentadas pelos negros de se manterem em condições de concluir os cursos superiores para o quais se habilitaram perante as universidades públicas é um exemplo ilustrativo das reais condições de vida das pessoas que não tiveram

asseguradas a igualdade de oportunidades para concorrerem e fruírem dos bens da vida em iguais condições. Por conta disso, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu plenamente aplicável a adoção de um regime especial de proteção às pessoas integrantes de classes sociais classificadas como suspeitas e, como tal, passou a tratar os negros e outros grupos sociais, porque estas vinham sofrendo deficiências sistemáticas (DWORKIN, 2005a, p. 656).

À luz dessa realidade, definiu-se que os “grupos suspeitos, [...], são os que não têm o poder político necessário para tornar o processo político justo e democrático para eles” (DWORKIN, 2005a, p. 655). Nessa perspectiva, é indiscutível que a raça negra não recebeu, do Estado ou mesmo da sociedade, nenhum apoio para se inserir nas instituições públicas e sociais existentes e, com isso, não pôde fruir, em iguais condições, dos bens da vida que, teoricamente, estavam à disposição da coletividade. De fato, o que verdadeiramente ocorreu foi uma forma de “*apartheid* educacional” em relação aos negros, mantendo-os isolados da comunidade acadêmica e, indiretamente, dificultando que recebessem o conhecimento e o preparo intelectual mínimo necessário para se afirmarem como uma classe social capaz e produtiva. Afastados das instituições sociais, os negros igualmente não tiveram condições de ter uma participação ativa na política e, portanto, no processo decisório, de modo a defenderem seus interesses e a satisfazerem suas necessidades:

Os negros sempre foram derrotados na política, por exemplo, não porque seus interesses fossem sobrepujados pelos de outros em competição justa, mas devido a uma combinação de dois outros motivos: porque eram econômica e socialmente marginalizados para chamar a atenção dos políticos e dos eleitores, e porque muitos cidadãos brancos votavam em leis discriminadoras, não só para proteger seus próprios interesses rivais, mas porque desprezavam os negros e queriam subjugar-los (DWORKIN, 2005a, p. 655).

Essas referências aos acontecimentos que circundaram a existência da população negra dos Estados Unidos não difere substancialmente da condição desfavorável e desigual na qual foi inserida a população negra no Brasil, sempre prejudicada e submetida a condições de existência — como a qualidade de vida, saúde, emprego e, principalmente, educação — bastante desproporcionais quando comparadas as da população branca. Sob essa perspectiva, a concepção de “classe suspeita”, que serviu de fundamento a algumas importantes decisões tomadas pela Suprema Corte americana, igualmente traduz a realidade da população negra brasileira:

[...] uma classe que, [...], está dominada por tais incapacidades, ou sujeita a uma história de tratamento desigual proposital, ou relegada a uma posição de impotência política que exige proteção extraordinária do processo político majoritário (DWORKIN, 2005a, p. 586).

Além disso, tal como se deu no processo político americano, com a adoção da Décima Quarta Emenda à Constituição,

que garantiu a todos que “[...] nenhum estado poderá negar a qualquer pessoa a igual proteção das leis” (UNITED STATES OF AMERICA, 1868)⁶, também a Constituição brasileira garante, em nível de direito fundamental, que todos são iguais nos termos da lei (BRASIL, 2011)⁷. Garantia que conduz à percepção de que a só condição natural de ente humano é fator determinante e suficiente para que todas as pessoas recebam a igual proteção do Estado e da sociedade. Essa admissibilidade de igualdade refreia qualquer pretensão de tratamento discriminatório e exige a adoção de medidas concretas que viabilizem, materialmente, a satisfação plena de igualdade das pessoas.

Pelo que foi exposto, percebe-se que a população negra está inserida na condição de classe suspeita, de modo que analogamente ao processo emancipatório das classes suspeitas, segundo a perspectiva da Suprema Corte dos Estados Unidos, é plenamente justificável que essa categoria racial receba do Estado brasileiro tratamento igualitário de oportunidades, cumprindo-se a norma constitucional que prima pela igualdade e respeitando-se

⁶ Texto original completo: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; *nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*” (Section 1).

⁷ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]” (BRASIL, 2011).

o mandamento legal de contemplação das mesmas oportunidades na forma prevista no Estatuto da Igualdade Racial. Entretanto, impõe-se considerar que ainda são escassas as decisões que tiveram como mote a questão de cotas envolvendo os interesses da população negra no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Mas, há uma decisão adotada pela STF que pode ser considerada um possível vetor a indicar quais serão os parâmetros decisórios em casos semelhantes.

No STF teve curso o RE 597.285/RS, que servirá como ponto de partida para a explanação sobre esse assunto (BRASIL, 2014b). Em linhas gerais, considera-se que o recorrente impetrou mandado de segurança em desfavor da autoridade reitora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), uma vez que não havia sido admitido no vestibular realizado no ano de 2008 para o curso de Administração, mesmo tendo obtido pontuação mais elevada que outros candidatos admitidos no mesmo curso pelo sistema de reserva de vagas destinadas aos estudantes oriundos do ensino público e aos estudantes negros também oriundos do ensino público.

A Universidade havia estabelecido um programa de acesso aos estudantes que se enquadrassem nessas condições, e a inadmissão do recorrente o fez sentir-se prejudicado. Em razão disso, ajuizou mandado de segurança perante a Justiça Federal de Primeira Instância no Rio Grande do Sul. O recorrente considerou ser um despautério a universidade pública, que é paga por todos, ser loteada por pessoas que tenham a raça negra ou indígena,

além de destacar que a medida adotada pela instituição de ensino, com base no critério da etnia, constituía crime de racismo, vedado pela Constituição. Mais adiante, o recorrente sustentou que a decisão da Universidade feria a ordem constitucional contra a discriminação, porque teria criado critérios arbitrários de distinção dos candidatos ao vestibular, entre os quais o critério da cor da pele.

O fato é que no primeiro grau de jurisdição, o pedido do recorrente foi acolhido e lhe foi concedido o mandado de segurança, sob o entendimento de que o sistema criado pela Universidade era inconstitucional. Todavia, recorrendo ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a UFRGS conseguiu reverter a decisão, visto que a Corte Federal entendeu ser constitucional o programa de ação afirmativa instituído pela Universidade mediante a adoção do sistema de cotas e de reserva de vagas como meio de ingresso nos cursos superiores que mantinha.

Seguidamente, foi interposto o RE 597.285/RS no STF, que o admitiu, inclusive quanto à preliminar de repercussão geral, sob entendimento de que o tema discutido apresentava relevância do ponto de vista social e jurídico. No mérito, finalmente, o relator do recurso destacou que o STF havia enfrentado e decidido a constitucionalidade das políticas de ações afirmativas, com a utilização desse mecanismo para o ingresso no ensino superior e mediante o emprego do critério étnico-racial, da autoidentificação racial e com reserva de vagas.

O relator sustentou que o critério de reservar 30% das

vagas para os estudantes egressos do sistema público de ensino — e desse percentual, 50% das vagas reservadas aos estudantes autodeclarados negros — adotado pela Universidade era constitucional, conforme já havia sido resolvido no bojo da ADPF 186-2/DF (BRASIL, 2009a).

O recurso em questão, citado de forma ilustrativa, foi proposto num momento pouco anterior à edição do Estatuto da Igualdade Racial que, conforme salientado, expressamente garantiu à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, inclusive mediante a implementação de ações afirmativas com a finalidade de corrigir as desigualdades raciais.

Sob esse aspecto, parece não haver mais espaço para a discussão quanto à validade e à constitucionalidade do sistema de cotas raciais para a reserva de vagas destinadas ao ingresso no ensino público superior de estudantes oriundos do sistema público de ensino e/ou autodeclarados negros ou indígenas. Dessa forma, espera-se que igual entendimento seja mantido pelo STF se e quando forem ajuizados os remédios constitucionais que puserem em discussão a validade e a constitucionalidade da lei que instituiu o sistema de cotas para o ingresso no serviço público.

A realidade que se consolida, seja com a decisão do STF no caso do RE 597.285/RS, seja no caso da Lei 12.990/2014, encaminha-se no sentido de confirmar e de resguardar o objetivo constitucional de constituir uma sociedade justa, repudiar a prática do racismo e garantir o referencial maior, que é o de que

todos sejam considerados e efetivamente tratados como iguais, nos termos da lei.

Teoricamente, não haveria maiores problemas para a implementação do modelo normativo que busca promover a igualdade geral entre as pessoas, permitindo, inclusive, a extirpação de conceitos como “minorias” ou “classes suspeitas”. Entretanto, sob uma perspectiva realista e pragmática, a pretendida igualdade de oportunidades ainda exigirá uma série de reflexões e imporá a adoção de medidas profundas, especialmente considerando, por um lado, que a “[...] distribuição simétrica dos direitos resulta do reconhecimento de todos como membros livres e iguais” (HABERMAS, 1997, p. 159) e, por outro lado, que há fatores sociais tão arraigados na tradição dos grupos raciais, que os efeitos advindos da discriminação positiva somente poderão ser percebidos em longo prazo, com a transposição de algumas gerações existenciais, considerando, em especial, a existência de concepções tão fortemente assimiladas pelas pessoas, que poderão dificultar substancialmente a mudança dessa realidade a curto prazo.

4 Compensação de Prejuízos e Oposições ao Sistema

A discussão em torno do sistema de cotas raciais para o ingresso no serviço público não pode ser mantida afastada da abordagem do sistema de cotas raciais para o ingresso no ensino público universitário. Em certo grau e modo, esses dois sistemas se identificam e, conforme já mencionado, as questões polêmicas

em torno de um guardam estreita proximidade com as possíveis questões a serem travadas em torno do outro. No caso brasileiro, esses dois sistemas se entrelaçam e, dados que se aplicam nos dias atuais à população negra — que é numericamente majoritária — poderão ser determinantes para a futura conformação sócio-político-econômica do país.

Diante desse cenário, é importante ter claro o que justificaria a adoção dessas políticas afirmativas em torno das cotas raciais. Para uma corrente, que se assenta na vertente sociológica, a política fundada nesse tipo de ação tem a finalidade compensatória, à medida que tenta resgatar sob a forma de discriminação positiva os efeitos produzidos desde o passado pelo emprego da discriminação negativa. Entretanto, não apenas o caráter compensatório encerra os objetivos das ações afirmativas. Elas também têm a meta de servirem à “[...] implantação de uma certa diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada” (GOMES, 2003, p. 30). No Brasil, tal como se deu nos Estados Unidos, a reparação⁸ é uma das formas de justificações que conduziu à implantação do modelo de cotas raciais:

A reparação é talvez a mais popular delas. Seu fulcro é a ideia de que uma injustiça profunda foi cometida no passado da nação e que, portanto, medidas reparatórias devem ser tomadas para dirimir essa injustiça. Ou seja, esse argumento requer uma interpretação do passado histórico de nosso país. No caso dos

⁸ Há outras duas espécies de justificações básicas: a “Justiça Social” e a “Diversidade”.

negros no Brasil, essa injustiça foi a escravidão (INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISAS DO RIO DE JANEIRO, p. 2).

De fato, foram circunstâncias de cunho histórico e cultural que forjaram o modelo discriminatório racial que, no Brasil, deu suporte ao modelo econômico escravocrata em prejuízo de aspectos e valores biológicos e humanitários, na perspectiva do exercício do domínio de uma classe sobre alguns grupos sociais, “maliciosamente reputados inferiores”:

[...] tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, como o escopo de impedir a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da discriminação positiva com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos (BRASIL, 2009a, p. 20).

Com efeito, a adoção do sistema de cotas raciais para o ingresso em universidades e no serviço público não é outra coisa senão uma técnica de abordagem e uma tentativa de “remediação” quanto ao desfavorecimento das “classes suspeitas”, consistente em um modelo de discriminação positiva decorrente do reconhecimento dos prejuízos que o Estado e a sociedade impuseram a certas minorias:

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita (BRASIL, 2009a, p. 21).

Ademais, o sistema compensatório ou de reparação tem a finalidade precípua de permitir a superação das desigualdades históricas, buscando contribuir para o nivelamento/equacionamento da ordem social decorrente da intensa estratificação⁹ social:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levado a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares (BRASIL, 2009a, p. 5).

Paralelamente ao debate sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos administrativos universitários que dispuseram sobre as cotas raciais, Dworkin procurou enxergar o futuro, entendendo que “[...] a admissão preferencial de negros

⁹ A estratificação social corresponde à divisão da sociedade em camadas, também conhecidas como estratos. Essa divisão pode ocorrer sob a forma de castas, de classes sociais ou de estamentos. A estratificação é consequência imediata das desigualdades sociais.

diminuiria a diferença de riqueza e poder que existe atualmente entre os diferentes grupos sociais, tornando a comunidade mais igualitária em termos gerais” (DWORKIN, 2010, p. 351) e, dessa forma, caberia considerar que “[...] qualquer política de admissão necessariamente coloca alguns candidatos em desvantagem e é razoável supor que uma política que dê preferência aos candidatos oriundos de minorias beneficie a comunidade como um todo [...]” (DWORKIN, 2010, p. 351). Em torno disso, pode-se inferir que a proposta final de Dworkin é construir uma sociedade mais igualitária, a partir da perspectiva de que as minorias, antes tratadas de forma excludente e sem a possibilidade de alcançarem os bens e valores postos à disposição de toda a sociedade, passem a ser aquinhoadas com as mesmas oportunidades que a maioria e de fortalecimento do ideal de que “[...] uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana” (HABERMAS, 1997, p. 159). Sob esse ponto de vista, a discriminação compensatória é válida.

Mas, se por um lado a discussão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade desses sistemas de cotas é matéria a ser discutida no âmbito da competência do STF, por outro lado é preciso mensurar devidamente a aceitação de tais medidas pela população, destinatária final de tais sistemas em qualquer plano de análise.

Para introduzir esse debate, é importante revisitar alguns apontamentos dos críticos contrários ao sistema de cotas nos Estados Unidos, especificamente quanto ao favorecimento do

ingresso de negros nas instituições públicas de ensino superior, merecendo destaque a posição adotada pela Universidade da Califórnia que, no ano de 1995, “declarou que não se poderia mais contemplar a raça nas admissões em qualquer departamento da universidade” (DWORKIN, 2005a, p. 543). Já no ano seguinte (1996), os eleitores do Estado da Califórnia manifestaram-se ratificando tal entendimento e ampliando-o, estipulando que “[...] nenhuma instituição do estado pode discriminar nem oferecer tratamento preferencial a qualquer indivíduo ou grupo com base em raça, sexo, cor, etnia ou nacionalidade no serviço público, educação pública ou contratações públicas” (DWORKIN, 2005a, p. 543).

De fato, ataques ao sistema de cotas foram manifestados tanto no meio político quanto no jurídico, ao entendimento de que a adoção desse tipo de ação afirmativa produzia consequências negativas, pois “[...] segundo os críticos, ela baixou os padrões educacionais ao admitir alunos que não estão qualificados para se beneficiar da formação que recebem, e isso exacerbou, em vez de aliviar, a tensão racial” (DWORKIN, 2005a, p. 546).

Diante desse cenário, ao entrar na discussão quanto aos possíveis efeitos negativos das ações afirmativas, Dworkin ponderou sobre dois questionamentos que, segundo ele classificou, são questões de princípio e de consequências. A questão de princípio consiste em determinar se “a ação afirmativa para os negros é injusta porque ela viola o direito de todo candidato ser julgado por seus méritos individuais?” (DWORKIN, 2005a,

p. 549). Realmente, a discussão quanto ao mérito individual é por demais relevante, visto que haverá casos em que candidatos negros e brancos, indistintamente, preferirão ter o reconhecimento por suas conquistas fundadas exclusivamente no mérito de cada um, tanto em nível do esforço intelectual próprio, quanto em virtude do esforço físico empreendido. O princípio do mérito pessoal parece ser refratário aos interesses coletivos em um caso como esse, mas certamente há um espaço para a conciliação, cabendo ao Estado e à sociedade encontrarem a solução razoável, atendendo-se à premissa de que “uma sociedade bem organizada e mais ou menos democrática deve oferecer-se para conduzir os assuntos públicos de acordo com alguns princípios aceitáveis de associação humana” (MacCORMIK, 2006, p. xi).

A segunda questão, entretanto, envolve uma valoração na ordem das consequências práticas dos fatos, encontrando-se alicerçada nas seguintes perspectivas de abordagem:

[...] a ação afirmativa produz mais mal do que bem, porque faz com que alguns negros se matriculem em cursos além de suas capacidades, ou estigmatiza todos os negros como inferiores, ou faz com que a comunidade se torne mais, em vez de menos, prevenida com relação à raça? (DWORKIN, 2005a, p. 549).

Se essa mesma abordagem fosse aplicada aos sistemas de cotas adotados no Brasil, as dúvidas e as críticas poderiam alcançar um nível de complexidade que, no plano prático, pode inviabilizar uma solução razoável ou equânime, segundo os interesses da população envolvida, beneficiada ou de algum modo prejudicada.

Em decorrência disso, considerando que atualmente vigem dois sistemas de cotas que se entrelaçam, o que garante o ingresso de pessoas pobres e/ou autodeclaradas negras no ensino público superior e o de cotas para o ingresso no serviço público da União, e que existem outras variáveis que circundam esses sistemas, é possível a formação de um novo panorama da realidade social a partir da realidade de setores mais específicos.

A propósito disso, basta considerar, inicialmente, que a população negra já forma a maioria numérica do total da população brasileira, fator que tende a se manter em ordem crescente. Logo, é perceptível a concorrência dentro do sistema de cotas, pois certamente haverá disputas entre negros e negros,¹⁰ e tal disputa se intensificará mais ainda quando incidente a variável da pobreza — comum a uma parcela considerável da população —, que forma a maioria da maioria.

Ao questionar se as cotas raciais são injustas, Dworkin lançou mão de um argumento que pode compor o dilema central que atinge todos os conflitos raciais, ao assumir que “[...] numa sociedade pluralista, a condição de membro de um grupo específico não pode ser usada como critério de inclusão ou exclusão de benefícios” (DWORKIN, 2005b, p. 440). Seguindo nessa lógica, se não for conveniente usar a condição de membro

¹⁰ Considere, por exemplo, que um jovem negro e pobre ingressou no ensino público superior mediante o sistema de cotas. Mais adiante, quando já formado, esse jovem negro e pobre poderá concorrer a uma vaga no serviço público da União com outro jovem negro, porém de origem abastada, que, por tal condição, sempre teve acesso ao ensino de qualidade e teve um melhor preparo para concorrer a uma vaga no serviço público.

para conferir a um grupo ou classe social algum benefício decorrente dos prejuízos sociais e econômicos que essa mesma condição impôs ao grupo, qual seria, enfim, a melhor forma de remediar ou reparar as perdas sofridas ou, ainda, haveria algum dever moral de se fazer qualquer reparação?

O fato é que, na atualidade, mesmo considerando as inúmeras ações propostas perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, nas quais foram discutidas a própria legalidade das cotas raciais que lá foram instituídas, ainda não se tem uma visão segura e ricamente fundamentada quanto a essas cotas serem benéficas ou prejudiciais àqueles a quem foram dirigidas: negros e outras minorias. Consequentemente, essa apreciação no contexto da realidade brasileira é ainda mais difícil, assim considerando a recência da adoção dos sistemas de cotas. De qualquer forma, ainda que não se tenha o suporte fático suficiente e necessário para uma valoração correta quanto aos benefícios ou prejuízos decorrentes das cotas raciais, não se pode julgá-las ilegais ou mesmo inconstitucionais: “[...] as reconhecidas incertezas quanto aos resultados no longo prazo de tais programas não poderiam justificar uma decisão do Supremo Tribunal tornando-as ilegais” (DWORKIN, 2005b, p. 444).

Não obstante, não seria desarrazoado admitir-se, no caso brasileiro, o uso das cotas na dimensão demagógica, pura e simples, o que tem a ver, precipuamente, com a forma como os sistemas de cotas encontram-se articulados:

- a) impõe-se registrar, primeiramente, que a reserva de vagas nos concursos públicos destinadas aos negros circunscreve-se apenas aos cargos e empregos públicos vinculados à União, não se aplicando aos correspondentes cargos e empregos nas esferas do Distrito Federal, dos Estados-membros e dos Municípios, nem aos poderes Legislativo e Judiciário, nem ao Ministério Público, na competência das unidades federadas que os possuem. Com efeito, essa reserva de vagas, embora tenha abrangência nacional, não pode ser considerada plena, mas restrita e sem cunho federativo;
- b) diferentemente das cotas universitárias em geral, cujas vagas reservadas aos cursos superiores das instituições públicas de ensino foram destinadas não somente às minorias raciais, como também à comunidade pobre, isto é, aos candidatos egressos da rede pública de ensino, as vagas de cargos públicos reservadas aos negros não estão condicionadas ao fator pobreza. Desse modo, é intuitivo que haja uma concorrência interna no sistema, entre negros ricos¹¹ e negros pobres;¹²
- c) em que pese a relevância do assunto e a profundidade que possa alcançar em termos sociais, os sistemas de cotas foram criados sem que se fizesse a necessária

¹¹ Considerados para esse fim os candidatos negros que tiveram acesso ao ensino de qualidade, com boa formação e que não se enquadram na classe dos candidatos egressos da rede pública de ensino.

¹² Considerados para esse fim os candidatos negros egressos da rede pública de ensino.

consulta à população brasileira como um todo, algo circunstancialmente importante não apenas para aquilatar o peso da vontade popular, como também para dar a verdadeira e necessária legitimidade que essas medidas reclamam, mediante o exercício da soberania popular direta com o emprego do plebiscito ou do referendo;

d) a adoção do sistema de cotas raciais para o ingresso no serviço público da União, com reserva de vagas para negros, resultou da aceitação pelo Estado do desnivelamento social dessa categoria racial, circunstância que se choca com a vedação constitucional de admissão de trabalhadores por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.¹³ Nesse aspecto, por que não se admitir um sistema específico de cotas para o setor privado, não propriamente dirigido para a contratação da mão de obra trabalhadora, mas para a reserva de vagas aos negros nas gerências, diretorias e presidências das empresas privadas de médio e grande porte?; e

e) a ordem crescente da população negra no Brasil (pardos + pretos), associada à condição de já ser a maior parcela da população total, não se afigura coerente com o percentual reservado de vagas, porque visivelmente os números apontados ainda favorecem a raça branca, que

¹³ “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (BRASIL, 2011).

conta com 80% das vagas aos cargos a serem ocupados nos certames públicos.

5 Conclusão: Preparando o Futuro

Em sintonia com essa realidade, Dworkin (2010, p. 349), ponderou sobre quais “direitos à igualdade têm os cidadãos enquanto indivíduos que podem sobrepor-se a programas voltados para importantes políticas econômicas e sociais” tendo considerado que esses direitos podem ser de dois tipos:

O primeiro é o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo [...].

O segundo é o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), que é o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa (DWORKIN, 2010, p. 349-350).

Diante dessa distinção e à luz da principal diretriz do Estatuto da Igualdade Racial, que impõe o dever comum ao Estado e à sociedade de garantirem a igualdade de oportunidades a todos os brasileiros, independentemente da etnia ou da cor da pele (BRASIL, 2010), mostra-se latente o descompasso entre os conceitos apresentados e a normatização da reserva de vagas em cargos e empregos públicos destinados ao provimento por negros, circunstância que claramente é dependente da cor do indivíduo.

A reserva aos negros de parcela das vagas oferecidas nos concursos públicos não está em sintonia com a noção primária de

igualdade de oportunidades, mas antes se assemelha à concessão não de uma oportunidade, mas de um privilégio fundado na desigualdade, extrapolando os limites razoáveis do que se poderia aceitar como um benefício baseado numa desigualdade justificável, levando à descrença e ao desvalor do mérito pessoal:

Não pode o Estado, em ato de tratamento desigual justificado, beneficiar aquele que não corresponde ao verdadeiro intuito do sistema de quotas, qual seja, atingir a igualdade de oportunidades. Sustentar no sistema de quotas aquele que não demonstra mérito seria, sem dúvida, prejudicar as ações afirmativas (ATCHABAHIAN, 2006, p. 181).

Ao lançar um olhar crítico sobre esse sistema de cotas, pode-se concluir que ele não atende ao princípio da igualdade de oportunidades, ao mesmo tempo, também disfarça, grosseiramente, a falha do Estado e da sociedade em darem aos negros tratamento como iguais (*treatment as equal*).

Colocado o problema sob outra perspectiva, caberia à lei ter avançado mais nos projetos concretos já iniciados pelas universidades, no sentido de aperfeiçoar e ampliar os meios que permitissem não só aos negros, mas também às classes menos favorecidas economicamente, o acesso ao ensino de qualidade, propiciando que jovens pobres, negros, brancos, amarelos ou indígenas tenham a oportunidade de realizar estudos em instituições de ensino público e privado, nos níveis fundamental e médio, além do acesso às instituições de ensino superior, para

que ao final possam concorrer aos cargos e empregos públicos em iguais condições.

A igualdade de oportunidades deve ser implementada em todos os níveis acadêmicos, reservando-se para o momento do concurso público que todos os candidatos, indistintamente, sejam tratados como iguais, sem a necessidade de reserva de vagas para uma classe social específica em detrimento das demais.

Talvez o maior problema ao se dizer que “igualdade de oportunidades” se faz com reserva de cargos públicos em favor dos negros será enfrentado mais adiante, na perspectiva do possível aprofundamento do preconceito racial e da intensificação do desprezo pela raça. Ao contrário, porém, dando-se aos negros e as demais pessoas consideradas pobres a “verdadeira oportunidade” de acesso à formação escolar de qualidade. Os frutos a serem colhidos com o ingresso deles no serviço público, por exemplo, ou em outras atividades laborais distintas, reforçarão o conteúdo valorativo pessoal, isto é, o mérito de cada um, que não tem cor: não é negro, não é branco, não é amarelo etc.

Em resumo, o possível grande problema a ser enfrentado pode ser expresso da seguinte forma:

Todas as ações que visem a estabelecer e a aprimorar a igualdade entre nós são dignas de apreço. É importante, no entanto, refletir sobre as possíveis consequências da adoção de políticas públicas que levem em consideração apenas o critério racial. Não podemos deixar que o combate ao preconceito e à discriminação em razão da cor da pele, fundamental para a construção de uma verdadeira

democracia, reforcem as crenças perversas do racismo e divida nossa sociedade em dois pólos antagônicos: “brancos” e “não brancos” ou “negros” e “não negros” (BRASIL, 2009b).

O caminho mais justo e moralmente exigível, a ser trilhado pela sociedade brasileira, deve convergir para a seguinte proposta de elevação da dignidade individual no contexto mais amplo da coletividade: a) plena efetivação da igualdade de oportunidades para todos os brasileiros, permitindo-lhes o acesso ao ensino geral de qualidade, em todos os níveis da formação acadêmica e b) livre disputa aos cargos e empregos públicos, em todas as esferas de governo, e aos empregos privados, acessíveis a todos os brasileiros mediante o critério exclusivo do mérito individual.

Title: The Ingress into the Civil Public Service by Racial Quotas: a Matter of Equality, Merit or Opportunity?

Abstract: This paper deals with the issue of reservation of public office positions for black people to access the State’s civil public service, in accordance to the Law 12.990/2014. It concerns itself with the analysis of common aspects between the new system and the one for entering public higher education. In addition, it evaluates to what degree the system might benefit or harm the Brazilian black people.

Keywords: Racial quota system. State’s civil public service.

Referências

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. 2. ed. São Paulo: RCS, 2006.

BOTELHO, Tarcísio R. Censos e construção nacional no Brasil Imperial. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, n. 1, p. 321-341. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12465/14242>>. Acesso em: 2 set. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. *Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. *Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. *Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871*. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM2040.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. *Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888*. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186-2/DF – 2009*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo partido político Democratas (DEM) contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpfl86rl.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental 186-2/DF – 2009*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo partido político Democratas (DEM) contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 31 Jul. 2009.

Disponível em: <<http://www.acoes.ufscar.br/admin/legislacao/arquivos/arquivo13.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 597.285 Rio Grande do Sul*. Política de ações afirmativas. Ingresso no ensino superior. Uso de critério étnico-racial. Auto-identificação. Reserva de vaga ou estabelecimento de cotas. Constitucionalidade. Recurso improvido. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 18 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2662983>>. Acesso em: 4 set. 2014.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, Patrícia. Antropologia, relações raciais e política de ação afirmativa. In: PASTORINI, Alejandra; ALVES, Andrea Moraes; GALIZIA, Silvina V. (Org.). *Estado e cidadania: reflexões sobre as políticas públicas no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 261-277.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 15-57.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. v. 2.

IBGE. *Censo demográfico 2010*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/english/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/resultados_do_universo.pdf>. Acesso em: 2 set. 2014.

IBGE. *Dados históricos dos censos*. 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censohistorico/1872_1920.shtm>. Acesso em: 2 set. 2014.

INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISAS DO RIO DE JANEIRO. *Apresentação STF – ADPF 186. Audiência pública no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Apresentacao_STF__Joao_Feres_Junior.pdf>. Acesso em: 8 set. 2014.

MACCORMIK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REIS, Dyane Brito. Acesso e permanência de negros(as) no ensino superior: o caso da UFBA. In: LOPES, Maria Auxiliadora; BRAGA, Maria Lúcia de Santana (Org.). *Acesso e permanência da população negra no ensino superior*. Brasília: Secad/Unesco, 2007. p. 49-69. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154587por.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2014.

UNITED NATIONS. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Adopted by the General Assembly Resolution 2106, of 20 december 1965. New York, 1965. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2106\(XX\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2106(XX))>. Acesso em: 31 ago. 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. *Amendment XIV, section 1*. Ratified July 9, 1868. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html>. Acesso em: 4 set. 2014.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA, José Wilson Ferreira. O Ingresso no serviço público mediante cotas raciais: uma questão de igualdade, de mérito ou de oportunidade? *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 75-116, 2015. Anual.

Submissão: 27/3/2015

Aceite: 13/7/2015

Ministério Público: Evolução Histórico-Normativa no Brasil

Edimar Carmo da Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Aluno regular do curso para doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires UBA (ARG).

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a evolução histórico-normativa do Ministério Público no Brasil. A metodologia consiste na revisão bibliográfica de atos normativos, com algumas doutrinas acerca do tema. Os primeiros atos normativos vigentes em território brasileiro não mencionaram o Ministério Público. Também as primeiras Constituições, seja a Constituição do Império, seja a primeira Constituição da República, contemplaram somente alguns agentes que tutelavam os interesses da coroa e o interesse fazendário. A partir da figura do “Promotor Público” surgia um agente estatal que cumpria o papel de zelar pelos interesses da administração da justiça. Esse agente foi o germe dos futuros órgãos do Ministério Público. A partir do Código Penal de 1890, houve referência expressa ao termo “Ministerio Publico”, assim como no Decreto nº 848/1890, que criou e organizou a Justiça Federal e o Supremo Tribunal Federal. A partir da necessidade da existência de um órgão que atuasse em paralelo aos órgãos do Poder Judiciário foi que o Ministério Público ficou reconhecido como órgão essencial à prestação jurisdicional do Estado. O ápice desse diagnóstico ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. As normas constitucionais, regulamentadas pelo estatuto do MPU e pela LONMP, ambos de 1993, fixaram as prerrogativas, garantias, deveres e vedações necessários ao exercício das funções institucionais.

Palavras-chave: Constituição. Ministério Público. Instituição. Princípios.

Sumário: Introdução. 2 Reminiscências do Ministério Público nas Ordenações Portuguesas no Brasil Colonial. 2.1 O “Procurador dos Nossos Feitos” nas Ordenações Afonsinas. 2.2 O “Procurador dos Nossos Feitos” e o “Promotor de Justiça da Casa de Sopricaçam” nas Ordenações Manuelinas. 2.3 O “Procurador dos Feitos da Coroa”, o “Procurador dos Feitos da Fazenda” e o “Promotor da Justiça da Casa da Supplicação” nas Ordenações Filipinas. 3 O Ministério Público sob a Ótica da “Constituição Política do Imperio do Brazil”, de 1824. 3.1 O “Promotor Público” na Legislação Infraconstitucional do Império. 3.2 O Ministério Público no Governo Provisório após a Proclamação da República. 4 O Ministério Público na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891. 5 O Ministério Público na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934. 6 O Ministério Público e a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937 (Estado Novo). 7 O Ministério Público da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946. 8 O Ministério Público na Constituição Federativa do Brasil, de 1967, e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969. 9 O Novo Ministério Público da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. 10 Conclusão. Referências.

Introdução

O presente texto prima por uma análise histórica e objetiva estabelecer algumas premissas acerca da institucionalização do Ministério Público em território brasileiro. Esta pesquisa procura lançar bases que versem não somente sobre a inserção ou a institucionalização do Ministério Público em cada constituição brasileira, mas também alcançar outros atos normativos que regularam as primeiras e atuais atribuições conferidas aos seus órgãos.

Objetiva, ainda, para além da análise restrita dos textos constitucionais, trazer à tona alguns atos normativos que

conferiram atribuições específicas ao Ministério Público, quando não previstas no texto constitucional.

Por certo que não tem a pretensão de alinhar a origem do Ministério Público em contorno mundial, mas sim de resgatar algumas reminiscências dessa instituição em território brasileiro, desde o período colonial até o presente momento.

Embora a pesquisa procure destacar a conformação do Ministério Público nas Constituições brasileiras, por um tempo razoavelmente considerável, muitas de suas primeiras atribuições foram conferidas a agentes que seriam a reminiscência dessa instituição. Assim ocorreu no período colonial, quando vigiam as Ordenações portuguesas. Esse período remonta desde o descobrimento do Brasil, em 1500, até a primeira constituição elaborada em território brasileiro, qual seja, a “Constituição Política do Imperio do Brazil”, em 1824. O Brasil colonial se submetia à ordem jurídica portuguesa e não havia referência expressa ao termo “Ministério Público”. Nada obstante, nos mais expressivos atos normativos do reino, alguns agentes recebiam certas atribuições condizentes, nos tempos atuais, às do chefe institucional da mencionada instituição.

Sem embargo, seguindo a ordem natural das coisas e das instituições jurídicas, não seria exagero afirmar que a história do Ministério Público brasileiro se confunde com a história das Constituições nacionais. Seu desenvolvimento guarda simetria com o aperfeiçoamento das instituições jurídicas brasileiras.

Nesse sentido, tomar-se-á em conta, em um primeiro

momento, algumas reminiscências do Ministério Público no período em que vigiam as Ordenações portuguesas (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas); em seguida, a ordem jurídica tomada a partir da primeira Constituição do Império brasileiro, de 1824; seguindo-se em direção às Constituições Republicanas, tais como a de 1891 e a de 1934; a Constituição do Estado Novo, de 1937; em seguida, a Constituição Federal de 1946; a Constituição outorgada pelo regime militar, em 1967, com a emenda nº 1 de 1969; e, ao fim, a atual regência contida na Constituição Federal de 1988.

2 Reminiscências do Ministério Público nas Ordenações Portuguesas no Brasil Colonial

Não é demais deixar assentado que as Ordenações portuguesas, as quais tiveram vigência no território brasileiro desde o descobrimento, em 1500, até o primeiro quartel do século XIX, foram, durante séculos, o principal ato normativo vigente em terras brasileiras.

A partir das Ordenações portuguesas, e sob a influência delas, foram outorgados, no Brasil, os primeiros atos normativos. Essas normas não somente instituíram os primeiros personagens e as primeiras instituições, como também foram determinantes para estabelecer uma cultura jurídica que não só sedimentou as ações de seu tempo, mas também que repercute e orienta as alterações legislativas futuras.

As Ordenações foram um condensado da legislação então

vigente no reino de Portugal, remontando a meados do século XV. Houve três grandes Ordenações: a primeira, denominada Ordenações Afonsinas; a segunda, Ordenações Manuelinas; a terceira, Ordenações Filipinas.

2.1 O “Procurador dos Nossos Feitos” nas Ordenações Afonsinas

A primeira das Ordenações portuguesas, nominada de Ordenações Afonsinas, condensou a Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Sua elaboração teve início no reino de D. João I que, nos idos de 1404, pretendeu a organização legislativa do reino, como forma de evitar a incerteza resultante da dispersa legislação existente e de facilitar a administração da justiça (PIERANGELI, 2004, p. 52).

Conforme Pierangeli, devido a perturbações internas no reino, não foi possível concluir os trabalhos dessa organização legislativa, ficando a tarefa sob o reinado de D. Duarte. Contudo, o reinado de D. Duarte foi assaz efêmero, com duração de cinco anos. Sucedendo D. Duarte, subiu ao trono de Portugal, então, D. Afonso V, com sete anos de idade. Por motivo dessa tenra idade, o reino ficou sob a regência do Infante D. Pedro, tio de D. Afonso V. Esse trabalho de unificar a legislação do reino português somente foi concluído em 28 de julho de 1446. A revisão de texto ficou a cargo de Dr. Lopo Vasques e do corregedor da cidade de Lisboa, Fernão Rodrigues; já o desembargo, a cargo de Rui Fernandes (PIERANGELI, 2004, p. 52).

Assim, as primeiras Ordenações portuguesas receberam o

nome de Ordenações Afonsinas em homenagem ao então rei D. Afonso V que, em 1446, fê-las publicar.

Registre-se que as Ordenações Afonsinas seguiram o modelo da doutrina prevista no *Corpus Juris*, do Direito Romano, e da doutrina das *Decretais*, do Papa Gregório IX. Continha como fontes principais: o Direito Romano de Justiniano; o Direito Canônico; o Código Visigótico na versão do *Fuero Juzgo*; a Lei das Sete Partidas e as demais leis editadas pelos monarcas D. Afonso II; as resoluções de D. Afonso IV e as concordatas de D. Diniz, de D. Pedro e de D. João.

Em termos estruturais, as Ordenações Afonsinas foram divididas em cinco livros: o primeiro livro tratava dos diversos cargos públicos e dos altos funcionários militares; o segundo livro cuidava dos bens e privilégios da Igreja, dos direitos do rei e da administração fiscal, da jurisdição dos donatários régios e das prerrogativas da nobreza; o terceiro livro cuidava da forma do processo civil; o quarto livro continha o Direito Civil e o livro cinco continha os delitos, as penas e a forma do processo penal (PIERANGELI, 2004, p. 53).

Registre-se que, ao tempo dessas Ordenações, o termo “Ministério Público” não estava consolidado. Aliás, sequer existia. Somente a partir de 1832, pelo Decreto nº 24, de 16 de maio, foi que ocorreu, em definitivo, a organização do Ministério Público em Portugal (DIAS; FERNANDO; LIMA, 2008, p. 30).

Com efeito, no primeiro livro das Ordenações Afonsinas, precisamente no “Título VIII” (entenda-se, Título XIX ao

tempo atual), contemplava a figura do “Procurador dos Nossos Feitos” (PORTUGAL, 1446). Esse agente do rei tinha, dentre tantas atribuições, a especial qualidade de procurar pelos feitos que contivessem algum interesse do rei, seja nos juízos, seja nos registros de processos existentes no reino. Daí que a palavra “Procurador”, de fato, advém do verbo procurar.

No contexto das Ordenações Afonsinas, segundo autorizada doutrina, a origem e a institucionalização do Ministério Público, em Portugal, remonta à figura desse procurador que, como representante do rei, fazia reverter à coroa os bens deixados pelos condenados à morte, desde que não deixassem herdeiros. Inicialmente esses representantes do rei eram denominados “Procuradores Fiscaes” e, posteriormente, “Promotores da Justiça”. A esses agentes caberia, mais tarde, o ministério de promover a denúncia e, como antes, provocar os juízes nos crimes que pudessem resultar confisco de bens em prol da coroa (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, p. 7-21)¹.

Registre-se que as Ordenações Afonsinas tiveram pouca vigência em território brasileiro, precisamente da descoberta do Brasil, em 1500, até a edição das próximas Ordenações, como se verá a seguir.

2.2 O “Procurador dos Nossos Feitos” e o “Promotor de Justiça da Casa de Soproçam” nas Ordenações Manuelinas

Com a ascensão de D. Manuel I, o Venturoso, ao trono de

¹ No mesmo sentido: SILVA, 2000, p. 247.

Portugal, mandou ele que, a partir de 1505, fossem revisadas as Ordenações Afonsinas para que seu nome ficasse gravado na história do reino. Surgiriam as Ordenações Manuelinas, as quais ficaram prontas em 1514. Contudo, logo foram revisadas a mando do próprio rei e publicadas, por fim, em 11 de março de 1521 (PIERANGELI, 2004, p. 56). Essas Ordenações tiveram vigência em território brasileiro desde 1521 até 1603.

Nas Ordenações Manuelinas foram mantidos os cinco livros. No livro primeiro, que tratava das pessoas do reino, especificamente no tocante às reminiscências de Ministério Público, foi mantido o “Procurador dos Nossos Feitos”, fazendo-se acrescentar, no Título XII, do Livro I, o cargo de “Promotor de Justiça da Casa de Sopricaçam”. Este oficiava exclusivamente junto à alta corte da justiça portuguesa, posteriormente conhecida por Casa da Suplicação.

Em relação ao Procurador dos Nossos Feitos, foram mantidas muitas das atribuições antes previstas nas Ordenações Afonsinas.

No tocante ao “Promotor de Justiça da Casa de Sopricaçam”, as Ordenações Manuelinas inovaram ao conferir-lhe a atribuição de promoção da justiça junto às demandas e às ações que tramitavam na mais alta corte da justiça do reino português.

Dentre outras atribuições confiadas ao “Promotor de Justiça da Casa de Sopricaçam” destacavam-se: demandar nas causas em que interviesse o “Promotor da Igreja”; ver todas as inquirições registradas pelo escrivão dos malfeitores, delas retirando as

peças que porventura achasse culpadas, entregando-as ao Corregedor da Corte dos feitos do crime; formar libelo contra as pessoas presas que deveriam ser acusadas na Corte. Ditavam, ainda, as Ordenações Manuelinas, que haveria o “Promotor de Justiça” apenas na “Casa de Sopriraçam”; nas cidades, nas vilas ou outros lugares do reino, libelos seriam feitos pelo tabelião e pelo escrivão (PORTUGAL, 1521).

Verifica-se, como será mais bem esclarecido, que a figura do “Promotor de Justiça da Casa de Sopriraçam” deixa evidenciar contornos e reminiscências do promotor de Justiça, que atualmente conhecemos como órgão do Ministério Público.

2.3 O “Procurador dos Feitos da Coroa”, o “Procurador dos Feitos da Fazenda” e o “Promotor da Justiça da Casa da Supplicação” nas Ordenações Filipinas

Com a morte do jovem D. João III, em 1557, sucedeu-o o cardeal D. Henrique. Este não conseguiu debelar a grave crise que assolava o reino português. Após a morte de D. Henrique, o trono português foi reivindicado como herança por Felipe II, da Espanha, recebendo o título de Felipe I (PIERANGELI, 2004, p. 58).

Assumindo o poder, Felipe I manda refundir as Ordenações, empreitada concluída em 1595. Contudo, Felipe I morre em 1598 e as novas Ordenações foram revisadas por uma comissão composta por Melchior do Amaral, Damião de Aguiar, Diogo da Fonseca, Jorge Cabedo e Henrique de Souza. Assim, as Ordenações Filipinas foram definitivamente promulgadas somente no reino

de Felipe II (III, de Espanha), entrando em vigor em 11 de janeiro de 1603 (PIERANGELI, 2004, p. 59).

As Ordenações Filipinas, portanto, tiveram vigência em território brasileiro desde 1603 até o início do século XIX. Sem embargo, mesmo após as primeiras constituições brasileiras, algumas disposições tiveram vigência até o início do período republicano.

Tais como as Ordenações anteriores, as Filipinas mantiveram o número de cinco livros. No que mais interessa ao presente escrito, o primeiro desses livros regulou, respectivamente nos títulos XII, XIII e XV, as atribuições do “Procurador dos Feitos da Coroa”, do “Procurador dos Feitos da Fazenda” e, como novidade, acrescentou o cargo de “Promotor da Justiça da Casa da Supplicação” (PORTUGAL, 1603).

As atribuições estabelecidas ao “Procurador dos Feitos da Coroa” se mantiveram semelhantes, em certa medida, às anteriormente conferidas ao “Procurador dos Nossos Feitos”, previstas nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas. Vale dizer, sua atribuição precípua era a de procurar pelos feitos (processos e demandas) nos quais houvesse interesse do rei.

O “Procurador dos Feitos da Fazenda”, de seu turno, tinha a atribuição precípua de estar presente nos despachos das causas aduaneiras visando algum interesse da fazenda. A esse agente do reino cabia, ainda, estar presente nos despachos nos agravos da Casa de Supplicação, nos quais pudesse vislumbrar interesse fazendário.

Como novidade, as Ordenações Filipinas fixaram o cargo de “Promotor da Justiça da Casa da Supplicação”. Esse novo agente era um Desembargador da Casa da Supplicação incumbido de “servir como Promotor da Justiça” e a quem pertencia a função de “requerer” todas as causas com cuidado e diligência de tal modo que, por sua culpa e negligência, a “Justiça” não perecesse. Também a esse “Promotor da Justiça” cumpria a função de formar libelo contra quem, seguro ou preso, tivesse que ser acusado perante a Casa da Supplicação. No particular, a título de curiosidade, é cabível consignar que o “Promotor da Justiça” era remunerado com “cem réis” por cada libelo. Cabia-lhe, ainda, visitar as cadeias no primeiro dia de cada mês para pegar a relação de presos e pedir ao “Regedor” a concessão de liberdade com brevidade. De outro ponto, constava expressamente que não houvesse o “Promotor da Justiça” nas cidades, nas vilas e povoados, senão apenas na Casa da Supplicação.

É de fácil constatação que, a esses três agentes estatais antes mencionados cabia a realização de certas atribuições que, séculos mais tarde, ficaram a cargo da instituição Ministério Público, como mais adiante será observado.

Essas atribuições específicas realizadas por certos agentes do reino português, e séculos após, ficariam a cargo de agentes do Ministério Público. Isso parece conduzir ao que o professor Carlos Ramos Núñez referiu-se à compreensão do tempo por Platão, Hesíodo, Cícero, Tácito, Marco Aurélio, Nietzsche, Schopenhauer e Mircea Eliade como tempo circular. Vale dizer,

“Éste, el retorno, parece ser el destino de las instituciones jurídicas. Lo que ha ocurrido en el insondable pasado habrá de presentarse en el porvenir” (RAMOS NÚÑEZ, 2013, p. 91).

Para Rodrigo Azevedo (2008, p. 223), a criação do “Promotor da Justiça” nas Ordenações Filipinas constituiu as raízes do Ministério Público lusitano em território brasileiro, ora atuando como um “fiscal da lei e de sua execução”, ora promovendo a acusação criminal.

3 O Ministério Público sob a Ótica da “Constituição Política do Império do Brasil”, de 1824

A primeira Constituição outorgada no Brasil Império, em 25 de março de 1824, não fez nenhuma alusão ao Ministério Público ou a algum agente imperial que traduzisse esse papel ou a função por ele exercida. Ficou consignado, entretanto, na legislação infraconstitucional, o embrião de seus futuros órgãos.

Somente no Capítulo III, que tratava do Senado, precisamente no artigo 48 da Constituição de 1824, houve previsão no sentido de que: “No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional”.

Portanto, consta como reminiscência de titularidade da acusação o “Procurador da Corôa, e Soberania Nacional”. Esse agente do reino derivou do “Procurador dos Feitos da Coroa” das Ordenações portuguesas.

Sem embargo, apesar de não ter sido expressa na

Constituição Imperial, na legislação infraconstitucional, ainda sob a inspiração da legislação portuguesa, iniciam-se as primeiras normas institucionalizando o Ministério Público, conforme se verá a seguir.

3.1 O “Promotor Publico” na Legislação Infraconstitucional do Império

Muito embora a Constituição do Império não consignasse a instituição Ministério Público ou algum de seus órgãos, com a promulgação do Código do Processo Criminal de Primeira Instância, Lei de 29 de novembro de 1832, ficaram estabelecidas algumas atribuições ao “Promotor Publico”.

Notadamente a partir das atribuições conferidas ao “Promotor Publico”, no Código de Processo Criminal de 1832, iniciou-se uma mudança nas atribuições dadas aos futuros agentes da instituição Ministério Público. Houve a gradual separação entre a tutela dos interesses da coroa e a tutela de interesse público na administração da justiça.

Com efeito, o primeiro Código de Processo Criminal brasileiro, de 1832, fixava o “Promotor Publico” como uma das pessoas “[...] encarregadas da Administração da Justiça Criminal, nos Juizos de Primeira Instancia”, em cada Termo do Império, conforme disposto no seu artigo 5º. Por “Termo”, entenda-se como sendo um determinado território que continha uma Câmara de Vereadores e um Juiz, equivalente ao atual município.

Consoante o artigo 36 do Código de Processo Criminal

de 1832, o “Promotor Publico” era nomeado pelo “Governo da Corôa” e pelo “Presidente das Províncias”, pelo tempo de três anos, após proposta tríplice das Câmaras Municipais. Exigia-se, para ser “Promotor Publico”, a mesma qualidade que se exigia para ser jurado, preferencialmente que fosse instruído nas leis. Ainda segundo esse diploma legal, o “Promotor Publico” tinha como atribuição, nos termos do artigo 37: “Denunciar os crimes publicos, e policiaes e accusar os delinquentes perante os Jurados”; solicitar a prisão e a punição dos criminosos e executar as sentenças; além de atuar para evitar a negligência, a omissão e a prevaricação dos empregados da administração da justiça.

Por meio da reforma do Código de Processo Criminal levada a cabo pela Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, foram introduzidas modificações pertinentes ao “Promotor Publico”. Pelo artigo 22 da mencionada lei, o “Promotor Publico” era nomeado e demitido pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias, de preferência entre os bacharéis de boa idoneidade moral, e poderia servir pelo tempo que conviesse. Nos casos de falta ou impedimento, poderia ocorrer a nomeação interina pelo juiz de direito local. Estabeleceu que haveria pelo menos um “Promotor” em cada comarca, além do acréscimo da remuneração por cada libelo, por cada sustentação no júri e pelos arrazoados escritos.

Ao tempo dessa legislação infraconstitucional, ainda não havia a institucionalização do Ministério Público, senão apenas a referência ao “Promotor Publico”.

Acerca da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que tratou das regras de substituições e das “atribuições criminaes” das autoridades judiciárias, cabe consignar apenas a designação de um “adjunto do Promotor Publico” pelo juiz de direito da comarca, com aprovação do presidente da Província. Na falta desse adjunto, cabia ao juiz da causa nomear uma pessoa idônea para certos fins especiais, consoante o artigo 1º, §§ 7º e 8º da mencionada lei.

A Lei nº 2.033/1871 foi regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, mantendo as atribuições e as referências ao “Promotor Publico” e ao seu adjunto.

3.2 O Ministério Público no Governo Provisório após a Proclamação da República

Quando instituído o Código Penal de 1890, pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, fez-se referência ao Ministério Público como instituição. Na exposição de motivos, de autoria de M. Ferraz de Campos Sales, o referido Código foi apresentado ao governo provisório da República fazendo assim consignado, no que pertine ao Ministério Público:

[...] O ministerio publico, instituição necessaria em toda a organização democratica e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas espheras da Justiça Federal. Depois do Procurador Geral da Republica, vêm os procuradores seccionaes, isto é, um em cada Estado.

Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser applicados pela Justiça Federal e

promover a acção publica onde ella couber. A sua independencia foi devidamente resguardada [...] (BRASIL, 1890).

Por esse Código Penal, foi conferida ao Ministério Público, no § 2º do artigo 407, a atribuição de promover a ação penal por “denúncia” em todos os crimes e contravenções, nada obstante mantivesse o procedimento *ex-officio* para os crimes inafiançáveis.

Ademais, o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que tratou da organização da Justiça Federal e criou o Supremo Tribunal Federal como órgão de segunda instância dessa justiça, regulou, pela primeira vez, o Ministério Público brasileiro.

Sem embargo, embora reservasse o Capítulo VI ao Ministério Público, esse ato normativo federal não tratou o Ministério Público como uma instituição organizada nacionalmente, senão enfatizou as atribuições do procurador-geral da República e fez breve referência aos “procuradores seccionais” que oficiavam na justiça federal, consoante artigo 21 e alínea e do artigo 22. Naquela época, o Supremo Tribunal Federal foi instituído com quinze juízes. Um desses juízes era nomeado pelo presidente da República para exercer as funções de procurador-geral da República, consoante artigo 6º do mencionado Decreto.

Ao procurador-geral da República, conforme disposto no artigo 22 do Decreto nº 848/1890, cabia as funções de promover a ação pública em todas as causas de competência do Supremo Tribunal Federal. Cabia-lhe, ainda, officiar como representante da União; defender a jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos juízes federais; fornecer conselhos aos procuradores seccionais.

O artigo 24 desse mesmo Decreto ditou que em cada seção judiciária haveria um procurador da República, pelo prazo de quatro anos. Em tom similar ao procurador-geral, aos procuradores da República cabia a promoção da ação pública perante os juízes federais; solicitar instruções ao procurador-geral; cumprir as ordens do Governo Federal e defender os interesses e bens da União; “[...] denunciar os delictos ou infracções da lei federal”; promover a acusação e officiar nos processos criminais da justiça federal (BRASIL, 1890).

Por sua vez, o Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, que organizou a Justiça no Distrito Federal, explicitou alguns dispositivos que tratavam do Ministério Público com atribuições perante a Justiça do Distrito Federal. Esse Decreto, guardadas as devidas proporções, organizou a estrutura do Ministério Público no Distrito Federal e estabeleceu as suas atribuições no artigo 164 e seguintes. Ficaram estabelecidos os cargos de procurador-geral do Distrito Federal; de subprocurador; de curadores; de promotores públicos e seus respectivos adjuntos.

Dentre algumas das atribuições conferidas ao Ministério Público no Distrito Federal, podem ser mencionadas as contidas no artigo 166 do Decreto nº 1.030/1890: denunciar os crimes, as contravenções e as infrações das posturas municipais e dos regulamentos do governo; dar queixa em nome do ofendido, caso ele não tivesse meios para fazê-lo; acusar, nos tribunais, os criminosos, solicitar as prisões deles e executar as sentenças condenatórias; promover o andamento de todos os processos

criminais; officiar em todas as causas em que tivesse interesse do Distrito. Ao procurador-geral cumpria as funções de officiar perante a Corte da Apelação, nos termos do artigo 167 do mencionado Decreto (BRASIL, 1890).

4 O Ministério Público na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891

A Constituição Federal de 1891, a primeira republicana, não contemplou qualquer norma relativa ao Ministério Público. Apenas no § 2º do artigo 58, da Seção pertinente ao Poder Judiciário, regulou que o procurador-geral da República fosse escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, cujas atribuições seriam definidas em lei.

Sob a regência dessa primeira Constituição republicana, as atribuições do procurador-geral da República e do Ministério Público se mantiveram como constavam antes, na legislação infraconstitucional elaborada pelo Governo Provisório (item 3.2). No início do período republicano, cabe destacar a ampliação das atribuições acerca da legitimidade para a ação penal incondicionada, por “denúncia”, para os crimes de furto e de dano ao patrimônio público, por meio da Lei nº 628, de 28 de outubro de 1899. Anteriormente a essa lei, a iniciativa da ação penal, para a persecução desses delitos, dava-se por meio de queixa do ofendido.

5 O Ministério Público na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934

Diferentemente das constituições anteriores, na segunda republicana, a Constituição Federal de 1934, democrática e promulgada como obra do poder constituinte originário, houve completa disposição acerca do Ministério Público. Tratou-o como uma instituição a ser organizada por lei federal na União, no Distrito Federal e nos Territórios, e por lei local nos Estados, consoante o artigo 95.

Essa Constituição Federal republicana deu maior autonomia legislativa aos estados federados, de modo que cada um deles pôde estabelecer a própria organização judiciária e a do Ministério Público, além de legislar sobre todas as matérias antes reservadas à União, inclusive a legislação processual, nos termos do § 3º do artigo 5º.

Conforme estabelecido no § 1º do artigo 95 da referida Constituição Federal, o procurador-geral da República passou a ser o chefe do Ministério Público Federal e continuou a ser nomeado pelo presidente da República. Contudo, não era mais escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, mas por livre escolha dentre cidadãos que preenchessem os mesmos requisitos estabelecidos para os ministros da Corte Suprema. Também os chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios eram nomeados pelo presidente da República, dentre juristas de notável saber, reputação ilibada e maiores de trinta anos de idade. Os procuradores da República passaram a ser

nomeados por concurso, somente perdendo o cargo por sentença judicial, assegurando-se-lhes a ampla defesa, tudo na forma dos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 95 do texto Constitucional.

As demais disposições infraconstitucionais se mantiveram em relativa conformidade com essa Constituição Federal, de 1934, naquilo em que não a contrariava.

6 O Ministério Público e a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937 (Estado Novo)

Na Constituição outorgada no período conhecido por Estado Novo, elaborada por ato unilateral do chefe de Estado após o fechamento do Congresso Nacional, por Getúlio Alves, houve retrocesso em relação à regência normativa do Ministério Público.

Com efeito, essa Constituição sequer dispensou um espaço para tratar do Ministério Público, senão ao reportar-se que, pelo artigo 99, o procurador-geral da República, chefe do Ministério Público Federal, oficiaria perante o Supremo Tribunal Federal. Consignou, ainda, que seria de livre nomeação e demissão, pelo presidente da República, dentre as pessoas que preenchessem os requisitos para ministro do Supremo Tribunal Federal.

Essa Constituição estabeleceu, ainda, no parágrafo único do artigo 109, que lei regularia o processo de cobrança da dívida ativa da União, podendo cometer ao Ministério Público estadual a representação judicial da Fazenda Federal.

Desse modo, portanto, o papel do Ministério Público

subsistiu como instituição incumbida tanto com parte na persecução penal, como órgão de consultoria e representação judicial da Fazenda Pública. Não se conferiu a essa instituição o papel de zelar, com independência, a função de tutela do interesse público primário, substanciado naquele que ultrapasse o mero interesse do governante.

Merece registro que nesse período, autoritário, foram editados os Códigos Penal e de Processo Penal, respectivamente por meio dos Decretos-Leis nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Esses Códigos foram decretados unilateralmente pelo chefe do Poder Executivo e elaborados por uma comissão de juristas por ele nomeada. Não houve participação dos representantes do povo brasileiro, vez que fechado estava o Congresso Nacional. Mesmo sendo atos normativos editados por meio de e por um governo autoritário, esses Códigos continuam sendo aplicados nos tempos atuais sem muito questionamento.

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941, inspirado no modelo fascista de Mussolini, mantém o método inquisitivo de persecução penal, no Brasil, em plena desconformidade com a natureza democrática das normas constitucionais. Pela redação originária desse Código Processual Penal (artigo 531), o juiz mantinha a iniciativa para a ação penal em certas infrações penais (contravenções e alguns crimes culposos); o Ministério Público figurava tão somente como órgão prescindível na persecução penal, vez que o juiz mantinha a iniciativa probatória (artigo

156) e podia (para muitos ainda pode) condenar prescindindo do pedido do órgão acusador nos casos das ações de iniciativa pública (artigo 385); o juiz podia restringir direito fundamental da pessoa (liberdade, patrimônio etc.) sem requerimento do Ministério Público (artigos 127, 311 etc.).

As atribuições conferidas ao Ministério Público, no mencionado Código de 1941, mantém-no inserido na estrutura inquisitiva de persecução penal, cujo protagonismo é conferido à autoridade judiciária e não às partes processuais. Nessa estrutura, pois, o autor da “denúncia” atua como mero deflagrador da jurisdição, na qual o desenrolar do processo e a direção dos acontecimentos procedimentais seguem conforme pretendido pela autoridade judiciária. Nessa estrutura processual, portanto, as partes (Ministério Público e acusado) são meras figurantes.

7 O Ministério Público da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946

Em superação ao regime autoritário anterior, nenhum outro modelo para melhor confrontá-lo senão o regime democrático. Nesse contexto, sobreveio, como fruto do poder constituinte reunido em Assembleia Nacional, em 18 de setembro de 1946, a promulgação da democrática Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

Vale ponderar, no presente ponto, a valorosa lição de Manuel Hespanha no sentido de que o Direito, seguindo a tradição

européia ocidental, para que exprima a vontade do povo, deve primar pelos três seguintes pontos de vista:

1. Ao garantir os direitos fundamentais estabelecidos no momento constituinte;
2. Observando o processo de criar direitos estabelecido no momento constituinte;
3. Validando como direito a vontade normativa expressa subsequentemente pelos representantes do povo, de acordo com os processos previstos no momento constituinte (HESPANHA, 2007, p. 28).

Inspirada, portanto, nesses valores advindos do anseio popular, a Constituição brasileira de 1946 contemplou, no Título III, disposição destacada ao Ministério Público. Precisamente nos seus artigos 125 a 128, dispôs que o Ministério Público da União seria regulado em lei para atuar junto aos órgãos judiciários federais; que o Ministério Público Federal teria por chefe o procurador-geral da República que, por sua vez, seria nomeado pelo presidente da República após aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos que preenchessem os mesmos requisitos (maiores de 35 anos de idade, de notório saber jurídico e reputação ilibada) para ser ministro do Supremo Tribunal Federal, mas demissível *ad nutum*; fixou que a União seria representada pelos procuradores da República; que nas comarcas do interior, a lei poderia dar esse encargo ao Ministério Público local e que os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressariam nos cargos iniciais da carreira mediante concurso; assegurou a estabilidade funcional após dois anos de exercício,

estabelecendo a perda do cargo apenas mediante sentença judicial ou processo administrativo, assegurada a ampla defesa; a impossibilidade de remoção, salvo por representação do respectivo procurador-geral, por conveniência do serviço; e a organização do Ministério Público dos Estados em carreira.

Sob essa democrática Constituição brasileira, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951, que se tornou a Lei Orgânica do Ministério Público da União. Compunham o Ministério Público da União: o Ministério Público Federal, o Ministério Público Militar, o Ministério Público da Justiça do Trabalho e o Ministério Público Eleitoral.

Salvo os cargos de procurador-geral, de cada um desses Ministérios Públicos da União, que são de livre nomeação, os demais cargos foram estruturados em carreira, cujo ingresso, no cargo inicial, se dava mediante concurso.

Ainda sob orientação da Constituição brasileira de 1946, foi promulgada a Lei nº 3.434, de 20 de julho de 1958, nominada de “código do Ministério Público do Distrito Federal”. Essa lei organizou o Ministério Público do Distrito Federal, fixou os órgãos da carreira e conferiu atribuições diversas, dentre elas a de promover a ação penal. A carreira era estruturada em cargos (procurador-geral, o Conselho, os procuradores da justiça, os curadores, os promotores públicos, os promotores substitutos e os defensores públicos). O inicial era o de defensor público, cujo ingresso na carreira se daria mediante concurso de provas e

títulos. O procurador-geral era nomeado em comissão e tomava posse perante o ministro da Justiça.

Nada obstante o evidente aprimoramento do Ministério Público brasileiro, ainda perdurava a função de representação judicial da União e de consultoria junto ao Poder Judiciário e a outros órgãos do Poder Executivo.

8 O Ministério Público na Constituição Federativa do Brasil de 1967, e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969

Merece consignar que a Constituição Federal brasileira de 1967, elaborada na vigência do regime militar, foi produto do Congresso Nacional, mas não do poder constituinte originário, vez que essa Constituição foi elaborada por parlamentares ordinários, não por parlamentares convocados por assembleia constituinte.

Na redação originária da Constituição Federal de 1967, o Ministério Público foi inserido na Seção IX do Capítulo VIII que, por sua vez, tratou dos órgãos do Poder Judiciário. Nos artigos 137 a 139, praticamente foi reproduzido o texto pertinente ao Ministério Público contido na Constituição de 1946.

Contudo, a Constituição Federal de 1967 recebeu a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 que, em certa medida, editou uma nova constituição. No tocante ao Ministério Público, sem muito modificar o disposto na redação originária, retirou essa instituição do Capítulo do Poder Judiciário para inseri-lo no Capítulo VII, pertinente ao Poder Executivo.

Sob a regência da Constituição Federal de 1967, com

redação dada pela Emenda nº 1 de 1969, foi promulgada a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Essa lei tratou das normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual.

Pela primeira vez, um ato normativo contemplou o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Foram estabelecidos como princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional. Como funções institucionais foram definidas as seguintes: velar pela observância da Constituição e das leis, promovendo-lhes a execução; promover a ação penal pública e a ação civil pública nos termos da lei.

Em suma, o mérito da Lei Complementar nº 40/1981 foi de estabelecer as normas fundamentais estruturantes do Ministério Público de cada estado da Federação. Por essa lei, iniciou-se a institucionalização de um Ministério Público independente, cuja atuação funcional ficava cada vez mais desvinculada de interesses de governantes e mais próxima de um interesse público primário.

9 O Novo Ministério Público da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Fruto do poder constituinte originário, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Federal brasileira, a qual vige até os dias atuais.

Nessa Constituição Federal brasileira, o Ministério Público mereceu dignidade de instituição independente dos demais poderes

da República. Afigura-se que o Ministério Público foi instituído para contribuir, no exercício de suas funções institucionais, com a construção de uma sociedade mais justa, solidária e, em especial, democrática.

Com efeito, a atual Constituição Federal brasileira (1988) tem no Ministério Público, nos termos do artigo 127, *caput*, uma “[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

O atual texto Constitucional brasileiro, no artigo 128, estabelece que o Ministério Público abrange: (1) o Ministério Público da União, que compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; (2) os Ministérios Públicos dos Estados.

Manteve o procurador-geral da República como chefe do Ministério Público da União, nomeado pelo presidente da República após aprovação pela maioria do Senado Federal. Sua escolha se dá dentre os integrantes da carreira, maiores de 35 anos de idade, para mandato de dois anos, permitida a recondução. A destituição do procurador-geral da República, pelo presidente da República, deverá ser precedida de aprovação da maioria absoluta do Senado Federal.

Manteve e reproduziu os princípios institucionais, previstos na Lei Complementar nº 40/1981: da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

Seguindo a compreensão desses princípios, segundo Rodrigues, “[...] unidade consiste em que os membros e órgão do Ministério Público integram uma única instituição” (RODRIGUES, 1999, p. 53); pela indivisibilidade, “[...] é indivisível porque os seus agentes se substituem uns aos outros numa mesma demanda, sem que isso quebre sua unidade. Todos falam em nome da Instituição” (RODRIGUES, 1999, p. 55); por independência funcional, a qual Rodrigues divide em dois vértices: independência externa (política) e interna (pessoal). Pela independência funcional externa, “[...] protege-o das ingerências e pressões dos poderes externos em sua atividade funcional”; pela independência funcional interna, “[...] visa amparar o membro ministerial dentro de sua própria instituição, seja em relação aos demais órgãos ministeriais, seja principalmente em relação às ingerências dos que ocupam cargos de direção ou de governo do Ministério Público (RODRIGUES, 1999, p. 71).

Esses princípios institucionais foram concedidos ao Ministério Público para um desempenho sério, seguro e responsável de suas funções que, certamente, poderiam ser mitigadas ou flexibilizadas por pressão de governantes que atentassem contra o interesse público.

Acrescente-se, para melhor desempenho das funções institucionais, o inciso I do § 5º do artigo 128 da atual Constituição Federal que conferiu aos órgãos do Ministério Público as mesmas garantias conferidas aos órgãos do Poder Judiciário, tais como: a vitaliciedade após dois anos de exercício; a inamovibilidade,

salvo por motivo de interesse público; e a irredutibilidade de subsídio.

Como vedação, preceitua o inciso II do § 5º do artigo 128 da mesma Constituição brasileira que os membros do Ministério Público não podem receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens e custas processuais; também vedou o exercício da advocacia; a participação em sociedade comercial, na forma da lei e o exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

Dentre outras funções institucionais, os incisos I e VII do artigo 129 da atual Constituição fixaram, respectivamente, a titularidade privativa para promover a ação penal pública e exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei. Nada obstante, passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da atual Constituição Federal brasileira, essas duas funções institucionais ainda estão em constante aprimoramento, consideradas as resistências da irrefletida praxe forense que contra elas se opõe.

Regulamentando as normas constitucionais, foi promulgada a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União (MPU).

Diferentemente do que anteriormente previu a Lei nº 1.341/1951, a Lei Complementar nº 75/1993, estatuto do MPU, contemplou os seguintes ramos: Ministério Público Federal,

Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Esse estatuto reiterou os princípios ditados pelas normas constitucionais, estabeleceu a organização de cada um dos referidos ramos, fixou direitos, deveres e obrigações, dentre outros aspectos.

No tocante à organização estadual, foi promulgada a Lei federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP) e dispôs sobre as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados. Essa LONMP, dentre outros, delineou os princípios reitores do Ministério Público, a organização na carreira, as garantias, os deveres.

Esse arcabouço normativo, todo afinado com as normas constitucionais de 1988, prevê e requer uma nova postura de Ministério Público. Essa nova instituição não pode mais tutelar interesses meramente da fazenda estatal e tem o compromisso de se conduzir, no exercício de suas funções institucionais, de acordo com o modelo democrático de Estado. Para tanto, necessário superar os métodos e as práticas autoritárias, mesmo em sede de persecução penal que, por demais sabido, se traduz em campo fértil para abusos estatais.

Por fim, afigura-se oportuno consignar a necessária advertência feita por Roxin e lembrada por Julio Maier (2004, p. 301-302), no tocante à importância da criação do Ministério Público para a administração da justiça penal. Assim enfatizou:

a) el ministerio público está ligado a la abolición del proceso inquisitivo histórico, que reunía en una sola mano, la del inquisidor, la actividad persecutoria y de decisión; su introducción permitió el comienzo de separación de ambas funciones y que, en la aplicación del poder penal del Estado, dos funcionarios, independientes el uno del otro, se controlaran mutuamente al hacer uso de esa herramienta estatal; por lo demás, aseguró – aun con reservas – la objetividad e imparcialidad del tribunal, al menos la de los jueces del tribunal del juicio público; b) en este modelo, contrapuesto al anglosajón, el ministerio público fue construido – también con ciertas reservas, pero, por principio – más que como parte en el procedimiento, como órgano de persecución objetivo e imparcial, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, colaborador en la averiguación de la verdad y actuar el Derecho penal material, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado, según el caso mismo lo aconsejara, característica que le valió al oficio el mote descriptivo de “custodio de la ley” y, más modernamente, de “órgano de la administración de justicia”; ninguna protección supera, como cambio ideológico, a la del propio acusador, obligado a cumplir esa función; c) un ministerio público así construido debe cumplir la misión esencial de controlar a la policía para que sus procedimientos se ajusten a las reglas del Estado de Derecho, de modo tal que, como VON SAVIGNY lo había expresado, los funcionarios de la policía criminal, los más inclinados a violaciones jurídicas contra el imputado durante su tarea de investigación, queden bajo su supervisión y cumplan sus ordenes (MAIER, 2004, p. 301-302).

Com efeito, esse é o maior dos desafios do Ministério Público brasileiro: fazer com que as pessoas, imbuídas do caráter

democrático em todas as decisões estatais, possam perder o medo da lei e exercitar seus direitos, pois, consoante Paulo Grossi,

Não está errado o homem do povo, mesmo em nossos dias, que traz em si ainda frescos os cromossomos do proletário da idade burquesa quando desconfia do direito: o percebe como alguma coisa que lhe é completamente estranha, que cai do alto sobre sua cabeça, como uma telha do telhado, confeccionado nos mistérios dos palácios do poder e evocando sempre os espectros desagradáveis da autoridade sancionadora, o juiz ou o funcionário da polícia (GROSSI, 2004, p. 64).

10 Conclusão

A história do Ministério Público brasileiro se confunde com a história constitucional brasileira. Muito embora os primeiros atos normativos vigentes em território brasileiro fossem as Ordenações portuguesas, ocorridas desde 1500 até o primeiro cartel do século XIX, certo é que nelas não se fazia menção expressa ao Ministério Público.

Por outro turno, nesses atos normativos já se fazia consignar alguns agentes do império que tutelavam interesses da coroa, tal como o procurador dos feitos da coroa. A partir desse agente, que zelava pelos interesses da coroa imperial, gradativamente outros agentes estatais foram sendo instituídos, tais como o procurador dos feitos da fazenda e, em sequência, o *Promotor* da Casa da Suplicação. Nesses agentes, pois, está o germe do atual Ministério Público brasileiro.

A partir desse agente tutelador dos interesses do rei, notadamente a partir da criação do *Promotor* da Casa da Suplicação, em especial a partir da previsão normativa do *Promotor Público*, mais e mais foi ganhando forma um agente estatal que se desvinculava do restrito interesse da fazenda para a tutela da administração da justiça.

Nesse contexto, com a proclamação da República brasileira e após as primeiras Constituições republicanas, o Ministério Público foi ganhando forma e se institucionalizando. A gradual organização em cargos e em carreira foi determinante para que o Ministério Público assumisse um papel destacado na persecução penal e, mais tarde, na atuação na tutela de interesses difusos e coletivos.

O ápice dessa institucionalização ocorreu, sem sombra de dúvidas, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o Ministério Público passa a assumir um papel de protagonista na persecução penal. Nesse sentido foram destacadas, dentre outras, a função institucional de titular privativo para a promoção da ação penal pública e para exercer o controle externo da atividade policial.

Também a legislação federal que regulamenta as normas constitucionais, seja pela Lei Complementar nº 75/1993, como estatuto do Ministério Público da União, seja pela Lei nº 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que dispõem sobre as normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados sedimenta a compreensão do Ministério

Público como instituição permanente e essencial à prestação jurisdicional do Estado.

Assim, acrescido dos princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, e das garantias, das prerrogativas e dos deveres, há todo um conjunto normativo que auxilia uma atuação séria, segura e responsável, sem temor a pressões externas e internas.

Para mais, o Ministério Público fixado a partir da Constituição Federal brasileira de 1988 tem o compromisso e o dever de ajustar suas ações em conformidade ao Estado Democrático de Direito e, nessa medida, zelar pelos interesses fundamentais do povo brasileiro. Que esse atuar possa vencer e superar os métodos autoritários advindos de outrora.

Title: Public Prosecutor's Office: Historical and Normative Developments in Brazil

Abstract: This article aims to analyze the normative evolution in Brazil's Public Prosecutor's Office. The methodology consists on bibliographical revision of normative acts, with some doctrines on the theme. The first normative acts promulgated in Brazil did not mention the Brazil's Public Prosecutor's Office. The first constitutions, the Constitution of the Empire, or the Constitution of the Republic, contemplated only a few agents that protected both the crown's interests and the fiscal ones. From the public prosecutor's figure appeared a state agent who fulfilled the role of looking after the interests of the administration of justice. This agent was the germ of future organs of the Brazil's Public Prosecutor's Office. From the 1890 Criminal Code, there was express reference to the term "Ministério Público", as well as in the Decree n. 848/1890, which created and organized the Fede-

ral Constitution and the Supreme Court. It was due to the need of the existence of an organ that acted in parallel to the judiciary bodies was that the Public Prosecutor's Office was recognized as an essential organ to the adjudication of the state. The apex of this finding occurred with the promulgation of the Constitution of 1988. The constitutional requirements, regulated by the status of the MPU and the LONMP in 1993, set out the prerogatives, warranties, duties and prohibitions for the performance of institutional functions.

Keywords: Constitution. Brazil's Public Prosecutor's Office. Institution. Principles.

Referências

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O Ministério Público no Brasil. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). *O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 223-247.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 4 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 2 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 4 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 2 abr. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código penal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. *Decreto n. 848, de outubro de 1890*. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto1851-1899/D848.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. *Decreto nº 1.030, de 14 de Novembro de 1890*. Organiza a Justiça no Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1030.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. *Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981*. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 maio 1993.

BRASIL. *Lei de 29 de novembro de 1832*. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 2 abr. 2015.

BRASIL. *Lei nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951*. Lei orgânica do Ministério Público da União. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1341-30-janeiro-1951-361819-norma-pl.html>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

BRASIL. *Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871*. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM2033.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

BRASIL. *Lei nº 3.434, de 20 de julho de 1958*. Dispõe sobre o código do Ministério Público do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3434.htm>. Acesso em: 2 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo Brasília, DF, 15 fev. 1993.

DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). *O Papel*

do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade.* Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do direito o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje.* Coimbra: Almedina, 2007.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: parte general.* Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. v. 2.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas.* 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. *Ordenações afonsinas.* Lisboa, 1446. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/11p71.htm>>. Acesso em: 9 jun. 2014.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. *Ordenações filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o primeiro.* Lisboa: Universidade de Coimbra, 1603. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11ind.htm>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. *Ordenações manuelinas.* Lisboa: Universidade de Coimbra, 1521. Disponível em: <<http://>

www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas//11ind.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos Augusto. *Derecho, tiempo e historia: discursos académicos*. Arequipa (Perú): Legisprudencia, 2013.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de estado: princípios institucionais, questões atuais, proposta de uma nova divisão de poderes*. Manaus: Valer; Associação Amazonense do Ministério Público, 1999.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000. v. 1.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Edimar Carmo da. Ministério Público: evolução histórico-normativo no Brasil. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 117-156, 2015. Anual.

Submissão: 6/4/2015

Aceite: 13/7/2015

Direito Urbanístico e Urbanismo: Principais Diferenças numa Ótica Luso-Brasileira sobre Políticas Públicas de Ordenamento do Território

Kassia Zinato Santos Machado Araujo

Servidora do Supremo Tribunal Federal, requisitada pelo MPDFT, lotada no Núcleo de Enfrentamento à Discriminação – NED/CNDH. Mestre em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa/Portugal – UNL. Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção. Especialista em Direito Administrativo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Cursos de extensão em Direito Processual Civil e Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Resumo: O presente artigo é fruto de parte da tese de mestrado da autora. É uma síntese do capítulo inicial de sua dissertação e possui o objetivo de fomentar a reflexão acerca da política pública de ordenamento do território a partir do Direito Urbanístico e do Urbanismo. O assunto central reúne abordagens variadas quanto às políticas públicas em matéria urbanística, tendo como parâmetro as definições entre os citados institutos, seus conceitos e seu embricamento no ordenamento do território à luz das Constituições brasileira e portuguesa. Assim, o presente artigo remonta à origem do Urbanismo, como elemento dinamizador e propulsor do desenvolvimento urbano ordenado e aborda, essencialmente, as principais diferenças entre o Direito Urbanístico, o Urbanismo e o Ordenamento Territorial, numa ótica luso-brasileira sobre políticas públicas de planejamento urbano.

Palavras-chave: Direito urbanístico. Urbanismo. Políticas públicas. Ordenamento do território. Cidade. Planejamento urbano. Instrumento.

Sumário: Introdução. 1 Urbanismo, o Direito Urbanístico e o Ordenamento do Território: Identificações e Diferenciações Básicas. 1.1 O Urbanismo: Origem Histórica. 1.1.1 Fases do Urbanismo. 2 O Urbanismo e o Direito Urbanístico. 2.1 O Direito Urbanístico na CRP de 1976. 2.2 O Direito Urbanístico na CFB

de 1988. 3 O Urbanismo e o Ordenamento do Território. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

O crescente interesse social em busca do aperfeiçoamento, desenvolvimento e descobrimento de novos métodos eficazes de organização da sociedade, e sua melhor integração com o meio em que vivem seus componentes, desperta interesse científico e também acadêmico. Notadamente, se os aspectos envolvidos estiverem diretamente presentes no cotidiano das pessoas, como a cidade em que vivem.

Com a proposta de observar o fenômeno da urbanização, mais especificamente do traçado legal do Urbanismo, o presente artigo traz, como enfoque, a apresentação de uma abordagem genérica, de modo a situar o Direito Urbanístico e o Urbanismo num contexto histórico e doutrinário, e o esclarecimento de algumas dicotomias etimológicas ao identificar e diferenciar aspectos comuns aos elementos do tema. O esforço interpretativo aqui empregado resulta da análise valorativa de conceitos e resultados que construíram a atual realidade do Direito Urbanístico, informando a relação dessa área e sua imbricação com outros elementos relacionados às políticas públicas de ordenamento do território.

1 O Urbanismo, o Direito Urbanístico e o Ordenamento do Território: Identificações e Diferenciações Básicas

Eleitos como objeto de pesquisa, em razão da proximidade conceitual e etimológica existente entre o Urbanismo e o Direito Urbanístico, e a relação desses com o sentido de ordenamento do território, seja pela similaridade das delimitações do âmbito de incidência, seja pela abrangência de seus objetos ou ainda pelas suas finalidades, bem como em razão da diferenciação entre esses institutos a partir de um confronto conceitual, empírico e taxonômico.

Assim, serão feitas, a seguir, breves observações sobre cada um desses institutos com o propósito de traçar as principais diferenças entre eles, individualizando as suas características essenciais de forma contextualizada às políticas públicas de ordenamento do território.

1.1 O Urbanismo: Origem Histórica

A história do Urbanismo, com realce no ordenamento jurídico, remonta ao período da urbanização desenfreada, gerada após a Revolução Industrial inglesa, ocorrida na Europa nos séculos XVIII e XIX. Nesse contexto, as décadas de 1930 e 1940 caracterizaram-se pela “explosão urbana”, tendo em vista a migração do campo para as cidades, de forma a descortinar as primeiras situações que ensejaram a necessidade do planejamento urbano em razão do deslocamento desordenado da população (ERENBERG, 2008).

No Brasil, as mulheres passaram a ocupar lugares no mercado de trabalho e a fomentar a transformação industrial e urbana do país, ainda que em expansão desordenada (ERENBERG, 2008). A Grã-Bretanha iniciou esse movimento da revolução industrial, desencadeando o processo de surgimento das “cidades industriais” desde o ano de 1801 na Europa. Foi seguida pela França e pela Alemanha a partir de 1830. A exemplo, citemos os números expressivos da cidade de Londres, que passou de 864.845 habitantes em 1801 para 1.873.676 em 1841, chegando a atingir 4.232.118 em 1891 (MEURIOT, 1897 apud CHOAY, 2007). Esses números, que exemplificam o ocorrido em Londres, revelam o abrupto aumento demográfico nas antigas cidades europeias, e, com isso, a sua conseqüente contribuição para a criação de novas funções urbanas que comportassem a nova realidade, de modo a ensejar o “[...] rompimento dos velhos quadros da cidade medieval e barroca [...]” (CHOAY, 2007, p. 9).

Françoise Choay (2007, p. 9) destaca, sob este aspecto, que “[...] o espaço urbano é traçado conforme uma análise das funções humanas [...]” corroborando com o entendimento de Fourier em sua teoria da harmonia universal, na qual a humanidade viveria em cidades construídas sob a beleza e a salubridade (FOURIER, 1845 apud CHOAY, 2007). Assim, as funções urbanas eram traçadas consoante o surgimento das funções humanas, paulatinamente desenvolvidas, de modo a atender tanto as necessidades básicas quanto as novidades arquitetônicas voluptuárias daquela “nova sociedade” em adaptação à “cidade industrial”.

Assim, José Afonso da Silva, jurista brasileiro, entende que o Urbanismo é uma “técnica e ciência interdisciplinar”, uma vez que o enquadra como instrumento capaz de operar o equilíbrio urbano. Afirma que o Urbanismo não deixa de ser uma técnica harmonizadora e uma ciência interdisciplinar, uma vez que precisa interagir com os variados aspectos de seu campo de abrangência, envolvendo o meio ambiente construído e o não construído (o terreno e áreas adjacentes, áreas de preservação ambiental, nascentes e mananciais, etc.), o equilíbrio arquitetônico, o aumento populacional e o desenvolvimento econômico e sociocultural, especialmente (SILVA, 2008).

Dessa forma, o conceito de Urbanismo proposto transcende ao entendimento de que seja apenas uma ciência, considerando-o também uma técnica, superando igualmente a compreensão doutrinária italiana sobre a etimologia atribuída ao termo (CORREIA, 1998). Choay (2007) informa ser, ainda assim, uma etimologia moderna, um termo recente. Ao citar G. Bardet¹, remonta a sua criação a 1910, na França, quando fora, inicialmente, concebido tão somente como uma arte de embelezar a cidade, ladeada às infraestruturas urbanas, obras de serviços sanitários, aquaviários, transportes, etc. (CHOAY, 2007). Seu conceito evoluíra juntamente com o desenvolvimento

¹ Gastón Bardet (1959 apud CHOAY, 2007) fixou a ideia de urbanismo moderno, como sendo uma ciência da organização global do espaço, a designar a organização do solo a todos os escalões, como um “estudo de todas as formas de localização humana na terra”. E mais, que “partindo da organização de grupos densos, o conceito teve de estender-se a toda a ‘economia territorial’, com o único limite dos oceanos”.

das cidades, expandindo-se além do perímetro urbano, realizando transformações que visavam ao bem-estar coletivo, por meio da organização dos espaços comuns tanto urbanos quanto rurais (SILVA, 2008).

Na linha da delimitação do âmbito de incidência do Urbanismo (alcance do objeto), Corbusier evidencia a necessidade de integração com o seu objeto (o estudo da *urbes*), quando considerado o planejamento urbano. Ele pondera que “[...] por meio da arquitetura e do urbanismo, os locais e as paisagens podem entrar na cidade ou, nela, ser um elemento plástico e sensível decisivo [...]” (LE CORBUSIER, 2008, p. 90).

Partindo dessa visão, a tendência foi de ampliação do objeto do Urbanismo, de modo a não compreender apenas o estudo da cidade, a adaptação de sua arquitetura e paisagem bem como os movimentos a ele relacionados, mas também o estudo do território, envolvendo questões afetas tanto à parte urbana quanto à rural (MAZZAROLLI, 1966). Nessa ótica, a doutrina italiana atribuiu ao Urbanismo um *status* de ciência do *ensediamiento umani*, (assentamento urbano), expandindo suas responsabilidades para além do estudo do “agregamento urbano”, mas também para a preocupação do *migliore insediamento umano nella città* (melhor assentamento humano na cidade). Mazzarolli, cita Vedi Danger, e seu conceito restritivo com significado essencialmente etimológico², numa concepção de Urbanismo restrita aos limites

² A palavra deriva-se dos estudos do engenheiro catalão Ildefonso Cerdà, responsável pelo projeto de ampliação de Barcelona na década de 1850. Apesar de jamais ter usado o termo *urbanismo*, Cerdà cunhou o termo

da cidade, redefine essa visão, por entender “ampliável” esta ideia inicial de que o urbanismo seria apenas uma

[...] scienza che si preoccupa della sistemazione e dello sviluppo delle città, cercando, col sussidio di tutte le risorse tecniche, di determinare la migliore posizione delle vie, degli edifici ed impianti pubblici, e delle abitazioni private, in omode che la popolazione vi possa avere una dimora sana, comoda e gradevole (DANGER, 1933, p. 3-4 apud MAZZAROLLI, 1966, p. 100).

[...] ciência preocupada com a sistematização e desenvolvimento da cidade buscando, com auxílio dos recursos técnicos, determinar a melhor posição das ruas, dos edifícios e obras públicas, de habitação privada, de modo que a população possa gozar de uma situação sã, cômoda e estimada (DANGER, 1933, p. 3-4 apud MAZZAROLLI, 1966, p.100, tradução nossa).

Mazzarolli defendeu, em 1966, a ideia do Urbanismo moderno e a importância do estudo do fenômeno urbano pois seus dilemas eram urgentes e os resultados desse estudo implicavam na evolução da civilização. Ele afirmava, assim, que

urbe para designar de modo geral os diferentes tipos de assentamento humano e o termo *urbanização* designando a ação sobre a *urbe*. Destes termos muito próximos surgirá o nome *urbanismo* no início do século XX. Cerdà publicou extensos estudos sobre as cidades de Barcelona e Madrid, que versavam sobre os mais diversos aspectos da cidade indo desde questões técnicas (como a análise da rua e seus sistemas de infraestrutura) até questões teóricas e territoriais, (i.e.: como ligar as cidades em uma grande rede nacional?). Um compêndio expandido e revisado, a *Teoria Geral da Urbanização*, publicado em 1867, resulta de seus estudos anteriores e é a publicação mais notória de Cerdà. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Urbanismo>, acesso em 6 de fevereiro de 2010.

[...] la causa del sorgere e dell'affermarsi di una scienza così concepita risiede nell'importanza che, nel mondo moderno, il fenomeno "città", e i problemi che ne scaturiscono, è andato sempre più assumendo: si tratta quindi di un portato dell'attuale stadio di sviluppo della civiltà [...] (MAZZAROLLI, 1966, p. 202).

[...] a causa da ascensão e da emergência de uma ciência, assim concebida, está na importância que no mundo moderno, o fenômeno "cidade", e os problemas dela decorrentes, têm sido cada vez mais comuns: se trata, portanto, de um dos principais estágios de desenvolvimento da civilização [...] (MAZZAROLLI, 1966, p.202, tradução nossa).

A proposta de uma acepção mais ampla que a inicialmente atribuída tem o condão de expandir a delimitação da área de abrangência do objeto do Urbanismo bem como de permitir maior aplicabilidade desse (novo) conceito de modo a abarcar as funções humanas (planejamento territorial) e a qualidade de sua habitação (loteamento, moradia), e não apenas o conglomerado urbano situado na *urbes*.

Assim, o enquadramento do Urbanismo como ciência e técnica "[...] ultrapassou as muralhas da cidade para abarcar todo um território determinado, tanto no seu sector urbano, como rural [...]", conclui o jurista português Fernando Alves Correia (2008, p. 49), juntando-se ao entendimento das doutrinas brasileira e italiana. Ele considera, por essas razões, o "fenômeno expansivo do conceito científico de urbanismo" como definição de uma entidade dependente, atrelada aos vários acontecimentos que influenciam sua existência, capaz de compatibilizar os elementos

aos interesses de um território como um todo, não se caracterizando como uma “entidade independente e isolada” (CORREIA, 2008).

1.1.1 Fases do Urbanismo

Os movimentos político-culturais que marcaram o desenvolvimento do urbanismo na sociedade, consoante o aprimoramento das funções humanas e urbanas, trazem ao Urbanismo uma identificação peculiar de acordo com fases distintas, consoante diferiam as características que lhe eram atribuídas com o tempo.

Assim, esses movimentos sociais identificadores das fases do Urbanismo refletem seus ideais e teorias, de modo a reconhecer seus estágios de modernidade e suas características de inovação, influenciando, dessa forma, no modo de organizar a gestão urbanística e de ordenar o território. Didaticamente, podemos, em síntese, afirmar que as fases do urbanismo³ foram denominadas de “urbanismo moderno” e “novo urbanismo” (ou urbanismo contemporâneo) (CHOAY, 2007).

O urbanismo moderno reflete os ideais de cidade traçados na Carta de Atenas⁴, transcendendo as estruturas econômicas e

³ No pré-urbanismo estava a gênese para o urbanismo progressista, dentro de uma concepção da era industrial como um paradigma histórico de ruptura radical. O pré-urbanismo esteve ligado durante toda a história a opções políticas e ao culto do belo. Porém, a “utopia” vivida nesta fase converte-se na versão moderna do urbanismo, “despolitizado” e realista, menos utópico e mais prático (CHOAY, 2007, p. 18-19).

⁴ Cf. COSTA, 2009. Neste ponto, o autor aborda sobre os pontos da Carta de Atenas, separados em 3 grandes partes. A primeira (pontos 1 a 8) trata sobre abordagem relativa aos centros urbanos – a cidade inserida numa

sociais para as técnicas e estéticas, a procura do “espírito do novo”, proclamado por Corbusier (2008, p. 107), que enfatiza a “condição de vida” do urbanismo, em que “[...] levada ao seu mais alto grau, não deixará de ocupar nossos espíritos, mantendo presentes em nosso trabalho os três grandes elementos animadores: econômico, patriarcal, espiritual [...]”. E com esse pensamento, refere-se aos objetos de ocupação do solo que entende essenciais⁵, informando que a ocupação harmoniosa do solo envolve a integração eficaz desses elementos, tendentes a nortear a descoberta das regras válidas de ocupação do solo.

De acordo com a Carta de Atenas, a concepção moderna de Urbanismo era de uma “[...] ordenação dos lugares e dos locais diversos que devem abrigar o desenvolvimento da vida material, sentimental e espiritual em todas as suas manifestações, individuais ou coletivas [...]” (SILVA, 2008)⁶. Na *La Charte*

região como parte de um conjunto econômico, social e político; a segunda (pontos 9 a 70), e maior delas, trata da abordagem sobre o estado crítico das cidades no que tange ao atendimento de suas funções-chave – destaca-se aqui a retórica sobre discussões acerca da habitação, do lazer, do trabalho e da circulação, a terceira e última parte (pontos 71 a 95) trata da abordagem conclusiva sobre todas estas questões, discutidas no âmbito do IV CIAM, de modo a registrar as indicações e pontos de convergência para observância geral pelos especialistas participantes.

⁵ Refere-se aos três elementos: terra, indústria e trocas na ideia subjacente ao entendimento de que são regras capazes de orientar os espíritos e de fornecer a justa direção para as inúmeras decisões, a serem tomadas diante das realidades técnicas dos planos urbanísticos. Complementa, ainda, José Afonso, citando o mesmo autor, que as três funções fundamentais seriam: 1ª) habitar, 2ª) trabalhar e 3ª) recrear-se, e seus objetos, também 3: a) a ocupação do solo, b) a organização da circulação e; c) a legislação.

⁶ A Carta de Atenas é um documento que sintetiza os princípios do urbanis-

d'Athènes, como foi denominado o título dado à publicação das *Constataions* em 1943, foram registrados os ideais referentes ao Urbanismo moderno naquela época. Estes ideais contemplavam, em seu aspecto prático, as soluções arquitetônicas encontradas pelos participantes do IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (CIAM) para as questões tendentes a responder os dilemas surgidos em relação ao meio ambiente construído naquele período (COSTA, 2009)⁷.

Esse modelo pôde ser encontrado entre 1920 e 1940 em vários países em desenvolvimento. Citemos, neste particular, a cidade de Brasília, que fora concebida nesse período por Oscar Niemeyer e Lúcio Costa, cuja idealização reflete o claro exemplo da dissociação das funções urbanas, em projeto urbanístico moderno, voltado para a setorização dos espaços (CHOAY, 2007). É um retrato fiel do característico modelo progressista de urbanismo moderno, que preconiza um *habitat* agrupado e uma

mo moderno, elaborados no IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (CIAM), realizado em Atenas em 1933. Cf. CORBUSIER, 1973 apud SILVA, 2008.

⁷ Em resumo, os pontos conclusivos do citado documento (de 71 a 95) indicavam que o Urbanismo possuía como pilares as funções-chave: habitação, lazer, trabalho e circulação, os planos urbanísticos determinariam a estrutura de cada um dos setores atribuídos às funções-chave, era urgente a necessidade de programas urbanísticos, promulgados por leis que permitissem sua realização; havia urgência também quanto à imprescindibilidade de se regulamentar, por meio legal, a disposição de todo solo útil, harmonizadas necessidades individuais e coletivas e de que o interesse privado estaria subordinado ao interesse coletivo.

certa dissociação de funções, sem repudiar as “ordens geométricas abstratas”⁸ do protótipo.

Assim, as principais características que desenharam esse modelo de Urbanismo estavam no traçado da organização minuciosa atribuída aos espaços urbanos. Porém, alguns aspectos mereceram especial reflexão. Por exemplo, a altura e o distanciamento dos objetos urbanos causariam forte impacto no deslocamento das pessoas pela cidade, a dificuldade de circulação de veículos e pedestres envolveriam diferentes técnicas de mobilidade, marcando este modelo pela necessidade de instauração de inovadoras propostas espaciais na estrutura urbana, reconsiderando as dimensões, a abrangência e a composição urbanística como um todo (SECCHI, 2006).

Assim, o novo urbanismo foi concebido dentro dessa perspectiva de inovação e composição, remontando o traçado urbano à época renascentista, porém com retoques de modernidade. Na cidade contemporânea (desenhada pelo novo urbanismo), o tempo é apresentado de forma diversa daquele da cidade moderna, com espaços mais lineares e integrados. O novo urbanismo caracterizou-se por ser um movimento mais preocupado com a integração dos espaços, diferentemente do urbanismo moderno, que os separava cuidadosamente sem a

⁸ Manifestação feita por Choay (2007) ao mencionar que a classificação do Urbanismo, em três modelos (progressista, culturalista e naturalista), reclama por nuances e reservas. E ao referir-se ao modelo progressista utiliza esta expressão para referir-se à suntuosidade espacial dos projetos deste modelo, de forma a aderir à topografia.

integração entre as zonas de trabalho e as zonas de *habitat*, entre estas e centros cívicos e entre estes e os locais de lazer, pois eram cuidadosamente divididas, classificadas e ordenadas (SECCHI, 2006).

O novo urbanismo, versão contemporânea do urbanismo, na concepção de L. Mumford (1964, p. 77 apud CHOAY, 2007, p. 25),⁹ enseja a existência de uma cidade ao mesmo tempo mais urbana e mais rural, situando o planejamento urbano “[...] sob o signo da continuidade histórica, social, psicológica e geográfica [...]”. O caráter limitador das cidades modernas, concebidas no conceito *corbusieriano*, foi particularmente destacado por Mumford, com relação à integração “solta”, liberta, do modelo contemporâneo. Secchi (2006, p. 88) afirma ter a cidade contemporânea a aparência de um “[...] confuso amálgama de fragmentos heterogêneos, no qual não é possível reconhecer nenhuma regra de ordem, nenhum princípio de racionalidade que a faça inteligível [...]”.

E desde então, o Urbanismo tem sido aperfeiçoado com auxílio das ferramentas de ordenação do território (especialmente a planificação), orientado pelas normas urbanísticas e de política urbana, consoante o desenvolvimento das funções humanas da sociedade.

Após essas considerações gerais feitas sobre o Urbanismo,

⁹ Mumford Lewis (1964 apud CHOAY, 2007, p. 40), além de suas ocupações de professor e escritor, foi crítico de arquitetura e urbanismo da revista “The New-Yorker”, cuja atividade jornalística lhe favorecia a extensão e a precisão de suas informações no campo da atualidade.

com um pouco de sua história, além das suas principais características e elementos fundamentais, passemos aos comentários sobre as principais diferenças entre ele e o Direito Urbanístico e entre ele e o Ordenamento do Território.

2 O Urbanismo e o Direito Urbanístico

O Direito Urbanístico (ou Direito do Urbanismo) não deve ser confundido com o Urbanismo.

Numa concepção genérica, segundo a enciclopédia livre, “Direito urbanístico é o ramo do Direito que trata da ocupação, uso e transformação do solo, englobando mais do que o território das cidades, o território urbano propriamente dito” (DIREITO..., 2006). E essa característica de englobamento, segundo José Afonso, seria decorrente de uma nova função do Direito, que consistiria em

[...] oferecer instrumentos normativos ao Poder Público a fim de que possa, com respeito ao princípio da legalidade, atuar no meio social e no domínio privado, para ordenar a realidade no interesse da coletividade [...] (SILVA, 2008).

Afinal, a formação do Direito Urbanístico volta-se a um duplo aspecto de seu enquadramento, tanto como ciência (vertente subjetiva, que estuda e busca conhecer de forma sistematizada as normas e princípios norteadores da atividade urbanística), quanto como conjunto de normas (vertente objetiva, que na estruturação da regulamentação das “[...] normas jurídicas reguladoras da

atividade do Poder Público destinada a ordenar os espaços habitáveis [...]” (SILVA, 2008).

Assim, o objeto e o domínio desse ramo do Direito estão determinados pela vertente em análise (objetiva), pois que não seria possível igualar referências semelhantes a aspectos diferentes. Porém, sua delimitação cinge-se ao estudo das normas urbanísticas sob o aspecto objetivo e o conhecimento sistematizado das normas urbanísticas, sob o aspecto subjetivo.

O primeiro volta-se à regência do planejamento urbano, do uso e ocupação do solo urbano, das áreas de interesse especial, da ordenação urbanística da atividade edilícia e, ainda, da utilização dos instrumentos de intervenção urbanística. O segundo trata do estudo sistematizado e pré-ordenado daquelas normas, transmudando o primeiro em objeto do segundo, uma vez que destinado ao seu estudo, formulação e sistematização (SILVA, 2008).

Atualmente, em razão do Direito Urbanístico ser entendido como uma ciência urbana, ele é fortemente estudado sob a influência das políticas ambientais e geopolíticas, tendo por enfoque, essencialmente, os problemas históricos e geográficos das grandes cidades. Assim, o domínio científico de seu objeto, a evidenciar suas subdivisões, numa estrutura epistemológica, ainda necessita de maior amadurecimento¹⁰. Conquanto essa dificuldade

¹⁰ José Afonso (2008), após sugerir a subdivisão de áreas de domínio do Direito Urbanístico, informa que não passam de cogitações, ainda que apresentadas e elaboradas com base na realidade, porém é imperioso que de fato o sejam, concluindo que a formulação é um aspecto importante

possa ser superada com o auxílio da observação empírica, resultante dos momentos específicos da atividade urbanística, Alves Correia (2008) desenha este domínio, dividindo o Direito Urbanístico em geral e especial, na ótica da doutrina alemã, e o subdividindo em cinco setores que entende compor este domínio, quais sejam: a) regras jurídicas, b) planos territoriais, c) direito e política dos solos, d) sistemas e instrumentos de execução dos planos e, e) direito administrativo da construção.

Carlos Miqueri Costa, complementa ainda, em síntese, que

[...] assim como o urbanismo não está voltado apenas para as questões viárias e higiênicas, como noutros tempos, a legislação urbanística não se restringe às proibições construtivas, agora envolvendo exigências globais da comunidade e maximizando o princípio da dignidade da pessoa humana, dentro de um ambiente saudável e uma vida de acesso ao bem-estar (COSTA, 2009).

Assim, o Direito Urbanístico cuida do estudo de todas as normas que regulamentam esses variados aspectos, preocupando-se com a sua instrumentalização na realização das propostas do Urbanismo. Afinal, no cotejo entre ambas as definições conceituais destes institutos, tem-se que um é instrumento para realização e concretização das propostas do outro.

Do inter-relacionamento entre o Urbanismo e o aspecto objetivo do Direito Urbanístico, são evidenciadas as principais

da formação científica de um ramo do Direito, visto ser um dado de sua sistematização.

diferenciações entre tais institutos, assegurados, simultaneamente, os mesmos focos de atuação, os propósitos de realização e as delimitações de objetos, dentro de um mesmo contexto de inserção político-social.

De acordo com a previsão legislativa constitucional, em ambos os ordenamentos jurídicos (brasileiro e português), e em suas remissões infraconstitucionais, subjaz o entendimento de que

[...] as normas urbanísticas emergiram nos ordenamentos jurídicos até formarem conjuntos normativos cada vez menos disformes e descompactados, passíveis de identificação e lugar de destaque devido à autonomia que vêm alcançando (COSTA, 2009).

Ainda são normativos em construção e em busca de autonomia e independência à medida que revelam sua importância no cenário legislativo nacional. No contexto brasileiro, por exemplo, a alta densidade demográfica que causa conflitos de fundiários, e outras questões urbanísticas, em especial os problemas ambientais correlatos, revelam essa importância e a necessária remissão a diferentes diplomas normativos¹¹ e demais dispositivos esparsos sobre organização administrativa pública ambiental e de manejos geográficos das cidades.

¹¹ A citar, em exemplo: a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79), o Código de Trânsito Brasileiro, as leis sobre desapropriação (DL n. 3.365/41, Lei n. 6.602/78, Lei n. 4.132/62), leis sobre criação de áreas e locais de interesse turístico (Lei n. 6.513/77), dentre outros elementos normativos.

Assim, conquanto não exista em Portugal, nem no Brasil um “Código do Urbanismo”, as variadas leis nacionais que tratam destes variados aspectos de interesse do Direito Urbanístico tendem a atender e a superar a condensação legislativa em único instrumento, tal como ocorre em outros ramos do Direito¹².

2.1 O Direito Urbanístico na Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976

No atual ordenamento jurídico-constitucional português, o artigo 6º da Constituição da República Portuguesa (CRP) traz em seu bojo a menção expressa sobre o princípio da descentralização, a positivar constitucionalmente sua proteção. Esse dispositivo informa que certas competências são necessariamente das autarquias locais e das regiões autônomas e que o Estado unitário é parcialmente regionalizado. Informa, ainda, que os planos diretores municipais no continente contam com a participação do Estado e, às vezes, com a de entidades desconcentradas¹³. Nas regiões autônomas, quem participa não é o Estado, mas sim os governos regionais. O artigo 237º, n.1, também trata do

¹² O preâmbulo do DL n. 555/99, de Portugal, aborda sobre a unificação legislativa como sendo um passo “decisivo” em busca de uma tendente e próxima “codificação integral do direito do urbanismo” naquele país.

¹³ Por exemplo: a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional – CCDR, criada pelo DL n. 104/2003, de 23 de maio, teve suas atribuições, competências e recursos definidas no DL n. 134/2007, de 27 de abril. São assim, consoante artigo 1º do DL n. 134/2007, “serviços periféricos da administração direta do Estado no âmbito do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (MAORTDR), dotados de autonomia administrativa e financeira.”

mesmo assunto da descentralização administrativa, ao abordar especificamente acerca das atribuições e da organização das autarquias locais.

Relativamente às tarefas fundamentais do Estado, o artigo 9º, alínea “e”, informa que são elas: a proteção e a valorização do patrimônio cultural do povo português, a defesa da natureza e do ambiente e a preservação dos recursos naturais. Dispõe, ainda, sobre a obrigação do Estado português de assegurar um correto ordenamento do território. A alínea “g”, do mesmo artigo, complementa o rol das atribuições estatais, acrescentando a promoção do desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional. Ao especificar o caráter “ultraperiférico” dos arquipélagos dos Açores e da Madeira, expressa o alcance extraterritorial contíguo da responsabilidade estatal ante a descontinuidade territorial portuguesa (plano físico).

No artigo 65º, que trata da habitação e do Urbanismo, a CRP informa o caráter instrumental do Urbanismo face a um direito fundamental importante: o da habitação.¹⁴ Assim faz ao

¹⁴ Artigo 65º da CRP: “1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. 2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; b) Promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais; c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada; d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas

dispor, no n. 2, sobre a necessidade da utilização do Urbanismo e sobre os elementos instrumentais de ordenamento do território pelo Estado para garantir a habitação aos nacionais portugueses. Enfatiza, no n.4, que as políticas de utilização dos solos urbanos, bem como seu controle, são definidas por meio dos instrumentos de planeamento.

No artigo 165º, alínea “z”, sobre a reserva relativa de competência legislativa, a CRP informa que, na atividade urbanística, estão presentes tanto a função legislativa quanto a executiva. A Assembleia da República tem competência relativa no que diz respeito a legislar sobre as bases do ordenamento do território e do Urbanismo, podendo assim, autorizar o Governo a legislar nessa matéria¹⁵, mesmo diante da disposição constitucional contida no artigo 227º, n.1, alínea “b”, sobre autorização pela

habitação e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução. 3. O Estado adotará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria. 4. O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística. 5. É garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território.”

¹⁵ Essa permissão constitucional leva-nos a uma questão complexa: a repartição de competências entre Assembleia da República e Governo nacional vs Assembleias legislativas regionais, consoante as disposições do artigo 227º da CRP. Porém, não vamos adentrar na discussão deste ponto, em razão de não relacionar-se diretamente ao cerne dos estudos em foco. Apenas para fazer uma leve observação didática tida por importante e pertinente ao comentário, em carácter de informação complementar.

Assembleia da República às Assembleias regionais para legislar sobre as bases do ordenamento do território e do Urbanismo.

O artigo 235º, inserido no título sobre “Poder Local”, inaugura a parte sobre princípios gerais e dispõe sobre as autarquias locais. Em razão da definição de organização democrática do Estado português ali contida, foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional¹⁶ a autonomia das autarquias locais nas matérias de ordenamento do território e de Urbanismo, em face do princípio da descentralização administrativa, em “condomínio de atribuições”¹⁷ com o Estado.

Segundo o ordenamento jurídico português e a sua sistemática de controle de legalidade das leis, tem-se que os artigos 6º, 235º e 237º são fundamentais para averiguar a repartição de competência entre Estado, autarquias e regiões e podem determinar a anulação de diplomas caso estes não respeitem as normas constitucionais. Assim, o legislador, quando tem por objeto questões urbanísticas, deve atender às menções da CRP e à interpretação já dada pelo Tribunal Constitucional (TC), sobre elas.

2.2 O Direito Urbanístico na Constituição Federal Brasileira (CFB) de 1988

Atualmente, com previsão no art. 5º, XXII, XXIII e XXIV; no art. 170, III, e, ainda, nos arts. 182 e 183, a propriedade e a

¹⁶ Acórdão TC n. 329/99, julgamento em 29.3.99, Processo n. 492/99, Conselheiro Messias Bento, Plenário do Tribunal Constitucional.

¹⁷ Expressão de Alves Correia, utilizada pelo julgador neste Acórdão TC n. 329/99, quando menciona sobre a reserva constitucional de competências estatais concorrentes em matéria urbanística.

sua função social delineiam os contornos da atividade urbanística no Brasil em conformidade com o traçado constitucional de sua regulamentação. Sem falar na garantia constitucional à moradia (art. 6º, *caput*), e na previsão de instituição de mecanismos tendentes a organização, planejamento e execução da função pública de interesse comum pelos Estados, mediante Lei Complementar (art. 25, §3º)¹⁸.

A denominada política de desenvolvimento urbano aparece expressa, pela primeira vez, no ordenamento jurídico brasileiro em 1988, no artigo 182 da CFB¹⁹. Ela é executada pelo Poder Público municipal, consoante diretrizes legais que a determinam, cujo objetivo constitucional é o de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade” e assim, zelar pela promoção da garantia de bem-estar entre os que habitam o território brasileiro.

O §1º do art. 182 refere-se ao plano diretor como instrumento básico dessa política de desenvolvimento urbano, responsável pela sua expansão, e de caráter obrigatório para cidades com

¹⁸ Pela primeira vez, uma Constituição Federal Brasileira— CFB abordou esta preocupação. Sem previsão nas Constituições anteriores, a CFB de 1988 prevê não apenas essa política legislativa em função das aglomerações urbanas, como também pela primeira vez aborda sobre a política urbana (arts. 182 e 183), competência para atribuições expressas com relação à habitação (art. 21, XX), enfatizada ainda mais com a criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, até 2010, que incluiu a participação dos recursos com a habitação, alçando-a à uma preocupação estatal de progresso, atrelada ao desenvolvimento urbano.

¹⁹ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

mais de vinte mil habitantes²⁰. Em regra, trata-se de uma política de ordenamento de uso do solo e de uma regulamentação do direito de construir, tratado, neste ponto, como uma limitação administrativa, frente à função social da propriedade²¹.

O §2º, do mesmo dispositivo, aborda o cumprimento da função social, informando ser atributo da propriedade quando ela atende aos ditames proclamados no plano diretor. Essa importância dada ao cumprimento da função social da propriedade encontra amparo constitucional nesse dispositivo, e é reforçada, ainda, pela Súmula 668 do STF²², no sentido de proteger e incentivar o

²⁰ Como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana dos municípios brasileiros, o Plano Diretor, instituído pelo Estatuto da Cidade, estabelece as estratégias e objetivos a serem alcançados, dentro de um período específico, visando garantir o cumprimento da função social da cidade. E acresce, ainda, o art. 41 da Lei n.10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que o plano diretor é obrigatório também nas cidades: “I. com mais de 20 000 habitantes; II. integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III. onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do Art. 182 da Constituição Federal; IV. integrantes de áreas de especial interesse turístico; e V. inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional”.

²¹ No RE 178.836 (Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 8.6.99, publicação DJ de 20.8.99), o Supremo Tribunal Federal debateu questão referente a suposta ofensa ao direito adquirido alegado por uma parte em face do alvará de construção, em que discutida a limitação administrativa do direito de construir. A discussão pendia pela ponderação de sua relatividade em face da função social da propriedade, que no caso em tela, teve resolução jurídica final fundada no impedimento legal, trazido pelo plano diretor e lei municipal, sobre as referidas limitações impostas à construção do tipo de imóvel no local.

²² Verbete da Súmula 668/STF: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da EC 29/00, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo

cumprimento da função social da propriedade urbana no Brasil. Tanto o §3º quanto o §4º do artigo 182 tratam das medidas levadas a cabo pelo Poder Público quanto à utilização, à subutilização ou à não utilização adequada ou suficiente do solo, tendo em vista o seu aproveitamento.

Enquanto o artigo 182 trata da função social da propriedade, o artigo 183 destina-se ao tratamento dos meios de aquisição da propriedade por usucapião e dispõe sobre os títulos de domínio e concessão de uso, o direito de reconhecimento e, ainda, sobre a vedação de aquisição de imóveis públicos por usucapião.

Todas essas orientações constitucionais serviram de base para a edição, em 2001, da Lei federal nº 10.257, que estabelece regras sobre a política urbana em todo o território nacional, conhecida como Estatuto da Cidade.

Então, no Brasil, o Direito Urbanístico (ou do Urbanismo) surge como o direito da política de desenvolvimento urbano, em três sentidos: como conjunto das normas que disciplina a fixação dos objetivos da política urbana (normas constitucionais); como conjunto de textos normativos em que estão fixados os objetivos da política urbana (planos urbanísticos), e como conjunto de normas em que estão previstos e regulados os instrumentos de implementação da política urbana (normas infraconstitucionais, esfera federal. Ex.: Estatuto da Cidade) (SILVA, 2008).

se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

3 O Urbanismo e o Ordenamento do Território

Ordenamento do território foi expressão utilizada pela primeira vez na França, em 1950, pelo Ministro da Reconstrução e do Urbanismo. À época em que ao tentar defini-lo disse tratar-se da “[...] procura no quadro geográfico da França de uma melhor repartição dos homens em função dos recursos naturais e das actividades económicas [...]” (NEMERY, 1981, p. 19 apud CORREIA, 2008, p. 73). Ordenamento do território é, assim, atividade que visa dar consecução às políticas traçadas pelo Urbanismo, sendo a atividade urbanística destinada a realizar os princípios do Urbanismo, a concretizar seus objetivos por meio do planejamento (CORREIA, 2008).

Assim, para além da finalidade genérica do ordenamento do território – a procura de uma melhor repartição geográfica, num determinado território, da localização dos homens e das suas atividades –, existem determinados objetivos específicos. Neste contexto, Freitas do Amaral acrescenta:

[...] acção desenvolvida pela Administração Pública no sentido de assegurar, no quadro geográfico de um certo país, a melhor estrutura das implantações humanas em função dos recursos naturais e das exigências económicas, com vistas ao desenvolvimento harmónico das diferentes regiões que o compõem (AMARAL, 1994).

Em razão de ter objetivos diferentes (além de específicos) e âmbito de incidência mais amplo e diversificado, o ordenamento

do território não se confunde com o Urbanismo. O citado professor destaca, a fim de justificar as diferenças entre ambos, resumidamente que:

- a) O ordenamento do território só faz sentido e só tem verdadeira utilidade à escala nacional e regional enquanto o urbanismo se situa ao nível da *urbe*, isto é, da cidade, do aglomerado urbano. Isso para quem entenda, conforme Freitas do Amaral, que o urbanismo é uma matéria essencialmente local²³, visto que não há, no seu entender, um urbanismo regional nem um urbanismo nacional.
- b) O ordenamento do território preocupa-se com a manutenção ou recuperação dos grandes equilíbrios regionais (entre capital e província, entre litoral e interior...), enquanto o urbanismo preocupa-se com o ordenamento racional da cidade²⁴.

O Urbanismo, como política pública, é instrumento de gestão setorial que define os objetivos e os meios de intervenção da Administração Pública no ordenamento racional das cidades. Para

²³ Freitas do Amaral (1994) supera o entendimento acerca da coexistência de mais de um urbanismo no ordenamento jurídico português ao afirmar a categorização dele no plano local, dissuadindo a compreensão sobre a dualidade entre a existência de um urbanismo nacional e regional.

²⁴ Por exemplo: diploma que cria uma “reserva agrícola nacional” faz parte do ordenamento do território, pois que o foco volta-se ao equilíbrio territorial e as normas que versam sobre a estabilidade das edificações contra sismos ou a sua proteção contra incêndios são normas urbanísticas, visto que voltadas ao engendramento da arquitetura e da paisagem da cidade e sua ingerência estrutural.

Freitas do Amaral, o Direito do Urbanismo é um prolongamento do Direito do Ordenamento do Território e não o contrário: este tem prioridade lógica sobre o primeiro (AMARAL, 1994). São os planos urbanísticos municipais que têm dever de observar as disposições dos Planos Diretores Municipais (PDM) e dos Planos Regionais de Ordenamento de Território (PROT), e não o contrário. A professora Fernanda Paula Oliveira corrobora com essa opinião e acrescenta que, havendo, ainda, enquadramento de opções e estratégias definidas, são dois sectores do ordenamento jurídico que não podem ser tratados separadamente (OLIVEIRA, 2009). Afinal, com razão, para o desenvolvimento das políticas urbanas traçadas pelo ordenamento do território, é imprescindível a utilização da ferramenta que melhor as concretiza e operacionaliza, que é o Urbanismo.

Assim, Freitas do Amaral conclui que Direito do Urbanismo

[...] é o sistema das normas jurídicas que, no quadro de um conjunto de orientações em matéria de Ordenamento do Território, disciplinam a atuação da Administração Pública e dos particulares com vista a obter uma ordenação racional das cidades e da sua expansão (AMARAL, 2009).

Somado ao equivalente entendimento colacionado no art.5º, n. 2, b, da Lei de Bases do Ambiente (LBA), que coaduna com esse mesmo preceito conceitual, à medida que considera fatores importantes as “transformações do território”, o “equilíbrio

biológico e a estabilidade geológica” como elementos de evolução perene para o suporte de vida²⁵.

De referir que os fenômenos urbanísticos têm necessariamente de passar pelas mãos dos juristas, cabendo a estes encontrar, por meio da lei e da justiça, a síntese equitativa entre as “exigências do interesse público” e o devido “respeito pelos direitos e interesses legítimos do cidadão”, conforme expressamente dispõe o art. 266º da CRP.

Na concepção “intermediária” de urbanismo, apresentada por Fernanda Paula Oliveira (2009), ele consistiria num conjunto de normas jurídicas, tratadas no contexto do ordenamento do território, que visariam compatibilizar instrumentos e interesses do Estado e dos particulares²⁶. E nesse contexto, estariam voltadas a promover o bem-estar e o convívio harmônico das pessoas, mediante a garantia do equilíbrio da expansão racional das cidades, de modo a nortear as atividades do Poder Público

²⁵ Na LBA, artigo 5º, n. 2, alínea b), temos um conceito de ordenamento do território para os fins daquele diploma normativo, segundo o qual “ordenamento do território é o processo integrado da organização do espaço biofísico, tendo como objetivo o uso e a transformação do território, de acordo com as suas capacidades e vocações, e a permanência dos valores de equilíbrio biológico e de estabilidade geológica, numa perspectiva de aumento da sua capacidade de suporte de vida”.

²⁶ Considerando as três acepções conceituais apresentadas pela autora, adotou-se este posicionamento conceitual, determinado de “intermediário”, por responder bem às conjecturas em torno da definição, tendo como foco o objeto e o âmbito de incidência do urbanismo de forma direta e bem delineada.

quanto ao desenvolvimento, à execução e à implementação das políticas urbanas.

Ao citar a Carta Europeia do Ordenamento do Território²⁷, aprovada pelo Conselho da Europa em 1983, Fernanda Paula Oliveira destaca os elementos essenciais do ordenamento do território nela trazidos. São eles: democracia (deve ser assegurada a participação da coletividade), globalidade (deve coordenar as políticas setoriais com expressão territorial), funcionalidade (deve considerar tanto as consciências regionais quanto as diferentes realidades constitucionais dos países integrantes) e prospectividade (deve analisar a longo prazo as tendências dos variados fenômenos intercorrentes e afins, citando expressamente os econômicos, ecológicos, sociais, culturais e do ambiente) (OLIVEIRA, 2009).

Dessa forma, caracteriza-se a função gestora, que estrategicamente traça metas organizadas a coordenar, da melhor forma possível, os espaços territoriais das políticas públicas setoriais, preocupando-se, ainda, com o ordenamento do território

²⁷ Edição de setembro de 1988 dos Serviços da Secretaria-Geral do Planejamento e da Administração do Território, Direção-Geral do Ordenamento do Território – SEALOT – MPAT. A Carta Europeia do Ordenamento do Território foi um documento aprovado pela Conferência Europeia dos Ministros responsáveis pelo Ordenamento do Território em 1984 e posteriormente aprovada pelo Conselho da Europa. Trata-se de um enunciado claro de princípios e objetivos que foram compreendidos e assumidos pelos intervenientes na ocasião, com vistas a promover a “corresponsabilidade” para a evolução do ordenamento do território.

e com a correção das desigualdades que sejam geradas ao longo dos anos, dada sua característica de prospectividade.

O objeto do ordenamento do território seria, primordialmente, então, a distribuição das atividades no espaço regional, de uma forma tão organizada e calculada, que fosse possível gerir suas fontes de riqueza e seus núcleos populacionais, de modo a permitir uma conexão com outras áreas, sendo considerada a estrutura global nacional (OLIVEIRA, 2009). Já o objeto do Urbanismo estaria voltado, essencialmente, às propostas desenvolvidas no âmbito do estudo da cidade, da adaptação de sua arquitetura e paisagem e da integração urbana e rural.

As regras sobre o ordenamento do território tendem a ocupar certos aspectos do Urbanismo, assim como ele pode interferir sobre a política de ordenamento do território. Porém, é importante lembrar suas diferenciações, dada a existência de critérios e consoante as definições e as diferenças trazidas, que possibilitam delimitar os institutos entre si. Seja pela adoção do critério da delimitação e âmbito de incidência do objeto²⁸; do critério do

²⁸ Este critério funda-se essencialmente na diferenciação pela constituição do Direito Urbanístico por regras jurídicas que disciplinam o uso, o destino e a transformação do espaço municipal ou, quando muito, intermunicipal, e do ordenamento do território por regras jurídicas do uso, destino e transformação do solo a nível regional e nacional, ou seja, teria um âmbito de incidência e aplicação mais amplo.

engendramento político frente ao arcabouço normativo²⁹; ou, ainda, do critério dos instrumentos jurídicos³⁰.

Segundo Alves Correia (2008, p. 92), vários são os critérios que têm sido avançados no ordenamento jurídico, de modo a dispor sobre as diferenças entre urbanismo e ordenamento do território, e tais parâmetros, apesar de claros e pontuais, não traçam uma “linha rigorosa de demarcação” entre ambos, porém

²⁹ Segundo este critério, alguns autores argumentam não se falar em ordenamento do território, mas em política de ordenamento do território. Os objetivos vastos e imprecisos do ordenamento do território apontariam para a sua perspectiva não como um conjunto de regras jurídicas, mas sim como uma política, segundo informa a professora Fernanda Paula (2009). A visão do ordenamento do território como um problema político deve ser rejeitada. A atestar o lastro jurídico do ordenamento do território está o facto de o seu objetivo fundamental ser a obtenção de uma justiça distributiva, de uma espécie de paridade regional, falando-se até de um mínimo regional garantido. O seu verdadeiro sentido é a criação de condições de vida equivalentes em todas as partes do território. O ordenamento do território visa, assim, garantir uma certa igualdade. O ordenamento do território deve ser visto, à semelhança do urbanismo, como uma matéria regulada pelo Direito.

³⁰ De acordo com este último critério, o Direito Urbanístico recorreria predominantemente a medidas imperativas (regulamentos de atos administrativos), enquanto que o ordenamento do território caracterizar-se-ia pelo recurso dos particulares e a formas contratuais de cooperação com os agentes económicos privados. Segundo Alves Correia (2008), é preciso reconhecer que as técnicas contratuais e as técnicas atrativas ocupam um lugar de destaque no ordenamento do território. Designam-se técnicas atrativas aquelas cuja finalidade é estimular os empresários a implantar as suas indústrias e que se traduzem quer no fornecimento pela Administração das chamadas “estruturas de acolhimento” (equipamentos, grandes obras, redes de comunicação), quer na outorga de subvenções, prémios, empréstimos em condições favoráveis e benefícios fiscais.

são sinalizadores de diferenças importantes entre essas duas disciplinas.

4 Conclusão

A partir da visão histórica do Urbanismo e de seus elementos diferenciadores do Direito do Urbanismo, percebemos que o arcabouço normativo brasileiro, consoante a CFB/88 e os princípios gerais de um Estado Democrático de Direito, as competências federais estabelecidas e as dinâmicas urbanas em vigor, salvo algum detalhe muito específico, ainda possui espaço para receber retoques legislativo-urbanísticos. O fenômeno da urbanização é inerente ao desenvolvimento social de um país. As funções humanas delimitam o grau de harmonia entre os elementos na *urbes*. Saber interferir no espaço construído e no não construído de modo a estabelecer um equilíbrio entre eles mediante a utilização de instrumentos que viabilizem de forma organizada o ordenamento do território é o que deve nortear o planejamento urbano.

Afinal, ao lado dos instrumentos de política urbana existentes hoje no ordenamento jurídico brasileiro, no plano federal, com previsão constitucional, percebe-se a possibilidade de reforço dessa harmonia e da coerência do sistema de gestão territorial com vistas ao equilíbrio dos elementos em desenvolvimento. E, por isso se diz que o Urbanismo transcenderia o entendimento de mera ciência, mas trataria de uma técnica de agregamento humano ao urbano.

Em nome da igualdade da planificação territorial, inerente às funções humanas na *urbes*, e, ainda, do estabelecimento de uma administração pública mais coerente, transparente e equilibradamente paritária, são definidos instrumentos que auxiliam a política urbana nacional e colaboram para o desenvolvimento urbanístico da sociedade. Exemplo disso é o vasto lastro de elemento e regras na legislação alienígena (portuguesa), e também na legislação pátria, tendentes a fomentar uma política de planejamento urbano eficaz a partir da integração harmoniosa entre elementos de ordenamento do território e ocupação do solo.

Title: Urban Law and Urbanism: Main Differences in Perspective on Brazilian-Portuguese Public Policies of Spatial Planning

Abstract: This article is based on part of the author's Master's thesis, it's the first chapter's summary of her dissertation, and has the aim of promoting reflection on the public policy of Spatial Planning from the Urban Law and Urbanism. The central issue brings together various approaches to public policies for urban development, with the parameter settings of the above institutes, its concepts, its imbrication in Spatial Planning in the light of Brazilian and Portuguese Constitutions. Thus, this article goes back to the origin of Urbanism, as the driving force and engine of an organized urban development, is essentially the main differences between the Urban Law, the Town Planning and Spatial Planning, a Portuguese-Brazilian perspective on policies for urban planning.

Keywords: Urban law. Urbanism. Urban planning, policy, spacial planning. City. Urban planning. Instrument.

Referências

AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções. *RJUA*, Lisboa, n. 1, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988.

CHOAY, Françoise. *O urbanismo: utopias e realidades, uma antologia*. Tradução de Dafne Nascimento Rodrigues. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. (Coleção Estudos; 67, dirigida por J. Guinsburg).

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2008.

CORREIA, Fernando Alves. A execução dos planos diretores municipais: algumas questões. *RJUA*, Lisboa, n. 3, 1995.

CORREIA, Fernando Alves. A perequação nos planos municipais de ordenamento do território: breves considerações. In: OLIVEIRA, Antonio Cândido (Coord.). *30 anos de poder local na Constituição da República Portuguesa*. Braga: CEJUR; Universidade do Minho, 2007.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CORREIA, Fernando Alves. Problemas actuais do direito do urbanismo em Portugal. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, ano 1, n. 2, 1998.

COSTA, Carlos Magno Miqueri da. *Direito urbanístico comparado: planejamento urbano das constituições aos tribunais luso-brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2009.

DIREITO urbanístico. In: WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. [S.l.: s.n.], 2006. Disponível em: <www.wikipedia.com>. Acesso em: 4 fev. 2010.

ERENBERG, Jean Jacques. *Função social da propriedade urbana: municípios sem Plano Diretor*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008.

LE CORBUSIER. *Planejamento urbano*. Tradução Lúcio Gomes Machado. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008. (Coleção Debates, 37). Tradução de: Mamière de penser L'urbanisme.

MAZZAROLLI, Leopoldo. *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*. Padova: Ristampa, 1966.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Portugal: território e ordenamento*. Coimbra: Almedina, 2009.

SECCHI, Bernardo. *Primeira lição de urbanismo*. Tradução Marisa Barda e Pedro M. R. Sales. São Paulo: Perspectiva,

2006. (Coleção Debates, 306). Tradução de: Prima lezione di urbanística.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAUJO, Kassia Zinato Santos Machado. Direito urbanístico e urbanismo: principais diferenças numa ótica luso-brasileira sobre políticas públicas de ordenamento do território. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 157-192, 2015. Anual.

Submissão: 15/4/2015

Aceite: 15/7/15

Ouvidorias: um Aporte Necessário

Rose Meire Cyrillo

Promotora de Justiça, titular da 4ª Promotoria de Justiça de Entorpecentes do Distrito Federal. Ouvidora do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestrado em Direito (Universidade Federal de Pernambuco - 2002). Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Federal de Santa Catarina - 2005). Graduada em Direito (Universidade de Guarulhos - 1992). Graduada em Letras – Português/Inglês (Universidade de Guarulhos - 1986).

Resumo: Este artigo tem por objetivo reunir e oferecer suporte histórico, legal e prático sobre o papel das ouvidorias no contexto democrático brasileiro, para que se conheça a amplitude desse importante instituto de participação popular e de promoção da cidadania. Configura-se, ainda, como eficiente instrumento de gestão administrativa e tomada de decisões pelas instâncias máximas. Essa reflexão é necessária diante de uma sociedade cada vez mais participativa e atuante, na qual o cidadão vem assumindo o papel de coautor de soluções e indutor de resultados produzidos no processo de participação social, ao exigir maior transparência no exercício do poder e melhoria dos serviços públicos prestados.

Palavras-chave: Ouvidoria. Canal de comunicação. Acesso à informação. Cidadania. Gestão administrativa.

Sumário: Introdução. 1 Origens da Ouvidoria. 2 A Ouvidoria no Cenário Brasileiro. 3 O Papel da Ouvidoria na Atualidade. 4 Conclusões. Referências.

Introdução

Apesar da crescente ampliação dos espaços democráticos do Estado e da implementação de instrumentos de modernização e de gestão da máquina administrativa, ainda é necessário lançar um olhar mais verticalizado sobre o instituto da Ouvidoria e seu relevante papel na consecução dos ideais de participação

cidadã no controle social da gestão administrativa, no tocante à racionalização dos recursos públicos, à qualidade na prestação dos serviços e à transparência no exercício do poder.

Este canal de diálogo entre o poder público e a sociedade civil há que ser compreendido em toda a sua dimensão dentro do contexto ideológico democrático vigente, pois só a partir deste (re) conhecimento por parte do público interno e externo e da necessária sedimentação de conceitos e de práticas da Ouvidoria é que referido instrumento restará plenamente consolidado na ordem social.

Dentro desta perspectiva, pretende-se, com o presente artigo, apresentar ao leitor o arcabouço histórico e jurídico necessário à compreensão do importante papel das ouvidorias públicas e privadas na construção, na efetivação e no respeito aos direitos do cidadão, bem como sua relevante contribuição na condensação de informações qualificadas que servirão de parâmetros para formulação de diretrizes gerenciais pelas instâncias superiores.

Sem a pretensão de esgotar tão vasta temática, buscar-se-á fazer uma condensação das principais características deste importante espaço institucional, criado para fomentar uma participação mais assertiva da sociedade civil junto a organismos públicos e privados.

Sempre vejo anunciados cursos de oratória. Nunca vi anunciado curso de escutatória. Todo mundo quer aprender a falar. Ninguém quer aprender a ouvir (ALVES, 1999).

1 Origens da Ouvidoria

Num resgate histórico das ouvidorias no mundo, tem-se o levantamento feito por Lemos (2009, p. 12), no sentido de que, na Antiguidade Clássica, existiam, na Grécia, os *Euthynoi* (Atenas) e os *Efhorat* (Esparta), conselhos formados por cidadãos que exerciam vigilância sobre os funcionários públicos.

Há outros relatos apontando que foi no Império Chinês, através dos ensinamentos de Confúcio, que surgiu o embrião da Ouvidoria, por meio da criação do primeiro canal para recebimento de reclamações do povo em relação às injustiças cometidas pelos governantes. Foi durante a Dinastia Han (206 AC - 220 DC) que as ideias de Confúcio passaram a ser adotadas como filosofia oficial do Estado e, segundo refere Kissinger,

[...] o domínio desses textos passou a ser a principal qualificação para o serviço público na burocracia imperial chinesa — um sacerdócio de funcionários - eruditos literários selecionados por meio de concorridos exames feitos em todo o país e encarregados de manter a harmonia nos vastos domínios do imperador (KISSINGER, 2011, p. 32-33).

Já no século XIX, mais precisamente em 1809, surge, na Suécia, a primeira expressão formal da Ouvidoria como se concebe hoje, com a instituição do *ombudsman*¹, figura criada num cenário pós-guerra para atender as necessidades da população que vivenciava uma situação socioeconômica muito difícil e também

¹ OMBUD – quer dizer “representar alguém” e MAN – significa “homem”.
Tradução livre.

como instrumento de fortalecimento do Parlamento, a medida que impunha limitações ao absolutismo real vigente à época. Inicialmente, era uma instituição vinculada ao rei, passando, posteriormente, para a responsabilidade dos Estados do Reino. O Ouvidor era escolhido por eleição. Cabe destacar que o panorama vigente na Europa favoreceu o surgimento da figura do *ombudsman*, pois florescia, à época, o espírito das doutrinas constitucionais, sob os auspícios de Montesquieu bem como crescia com vigor a ideologia dos direitos individuais inalienáveis do homem ante ao Estado, circunstâncias que culminaram com uma nova forma de relação entre governantes e governados, cabendo ao *ombudsman*, neste cenário, receber as queixas dos cidadãos contra magistrados e agentes públicos bem como sugerir a reformulação ou a criação de leis.

Na esteira da experiência sueca, no século XX, vários países passam a prever a figura do *ombudsman* em seus cenários: Finlândia (1919); Dinamarca (1955); Noruega (1962); Grã-Bretanha (1967); Canadá (1967) e Espanha (1981). Apenas no final do século XX, essa forma de representação chegou à América Latina, primeiramente na Argentina, em 1983 e, em 1989 no Brasil. O primeiro *ombudsman* brasileiro foi concebido no âmbito do jornal *Folha de São Paulo*, com a criação de uma coluna cujo editor tinha a missão de criticar o próprio jornal, através da perspectiva de seus leitores.

Na atualidade, a figura do *ombudsman* está presente na administração pública e na privada de vários países, cada

qual com sua denominação própria², servindo como um canal de comunicação por meio do qual a população se manifesta e garantindo um relacionamento democrático do governo e demais organismos com a sociedade, mediante a participação do cidadão nas ações da administração pública. Importante destacar que, embora inspirado na figura do *ombudsman* sueco, o papel do Ouvidor difere sobremaneira daquele “representante do povo” concebido em solo europeu, principalmente sobre dois aspectos:

- a) enquanto a figura do *ombudsman* é comumente vista na esfera privada, o Ouvidor faz parte de órgãos integrantes da Administração Pública direta ou indireta municipal, estadual e federal, dos poderes Executivo, Legislativo ou do Judiciário;
- b) diferentemente do *ombudsman*, que é obrigatoriamente indicado, eleito ou apontado pelo Parlamento, possui independência plena e autonomia de ação e mandato fixo, o detentor da função de ouvidor atua com relativa autonomia em relação às demais autoridades e, em alguns casos, é um servidor beneficiário de cargo em comissão, não possuindo a necessária garantia de mandato e podendo ser demitido a qualquer momento.

Como será visto a seguir, não obstante as influências europeias, a Ouvidoria brasileira adquiriu personalidade própria e evoluiu de acordo com o contexto, com os costumes e com

² Itália – Il Difensore Cívico; Espanha e Argentina – El Defensor del Pueblo; México – El Defensor del Ciudadano; Portugal – Provedor de Justiça; França – Le Mediateur; Israel – State comptroller.

a realidade do país, revestindo-se de um modelo de recepção ao cidadão comum, num formato simples, original, ágil, não burocrático e de fácil acessibilidade.

2 A Ouvidoria no Cenário Brasileiro

Registros históricos apontam que, à época do Brasil Colônia, os Governos Gerais possuíam, em suas estruturas, Ouvidores, indicados pelo rei de Portugal, os quais possuíam o poder de lavrar e promulgar leis, estabelecer Câmara de Vereadores, atuar como comissários de Justiça e, ainda, ouvir reclamações e reivindicações da população sobre improbidade e desmando por parte dos servidores do Governo.

Já no período do Império, surge, em 1823, o Ouvidor como Juiz do Povo, a quem incumbia receber as queixas da população e encaminhá-las, *ex officio*, à Corte. Contudo, percebe-se que referidas estruturas eram utilizadas na resolução de problemas de natureza judiciária e na fiscalização do cumprimento das leis vigentes pelo povo, missões garantidoras da vontade do soberano, conforme nos remete Mario (2011, p. 24) e um tanto distantes da figura do Ouvidor da atual quadra da humanidade, mais afeta à construção de canais que viabilizem a participação do cidadão e o fortalecimento da cidadania.

A partir de 1983, com os avanços do debate sobre a abertura democrática, a ideia de criação de canais de comunicação entre a população e as estruturas do poder passaram a ganhar força, culminando, em 1986, com a criação da primeira Ouvidoria Pública

na cidade de Curitiba bem como com a criação da Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão, vinculada à Presidência da República, para defesa de direitos do cidadão contra abusos, erros e omissões na Administração Pública Federal³. Com o advento da Carta Cidadã de 1988, as Ouvidorias ganharam substrato constitucional diante do disposto no artigo 37, § 3º, incs. I, II e III, *in verbis*:

Art. 37, §3º- A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I- as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II- o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III- a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (BRASIL, 1988).

Em 1992, a Lei nº 8.490/1992 criou a Ouvidoria-Geral da República na estrutura regimental básica do Ministério da Justiça, sendo certo que, com a criação da Corregedoria-Geral da União em 2001, esta estrutura absorveu a competência da Ouvidoria-Geral.

Na esfera estadual, merece destaque o pioneirismo do Governo do Estado de São Paulo que, em 1999, aprovou a Lei

³ Decreto nº 93.714/1986 - o presidente da comissão acumulava a função de ouvidor e era designado pelo Presidente da República.

de Proteção e Defesa dos Usuários de Serviços Públicos, norma que contemplava a implantação de Ouvidorias em todos os órgãos da Administração Pública estadual e cujo modelo serviu de referência para outras unidades da Federação.

No escopo de expandir e estimular a implementação de Ouvidorias no Brasil, foi criada, em março de 1995, a ABO – Associação Brasileira de Ouvidores/*Ombudsman*, congregando profissionais de empresas privadas e da administração pública direta e indireta da União, estados e municípios.

Em 2003, a Lei nº 10.683 transformou a Corregedoria-Geral da União em Controladoria-Geral da União, mantendo dentre as suas competências as atividades de ouvidoria-geral, exceto as atividades de ouvidoria dos indígenas, do consumidor e das polícias federais, a cargo do Ministério da Justiça, e dos direitos humanos, a cargo da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

Por fim, em 2004, a Lei nº 10.689 alterou a denominação de Ouvidoria-Geral da República para Ouvidoria-Geral da União, que, pelo Decreto nº 4.785/2003, tem, entre outras, a competência de coordenar tecnicamente o segmento de ouvidorias do Poder Executivo Federal. Nesse mesmo ano, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45 que determinou a criação de ouvidorias no Poder Judiciário e no Ministério Público no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Territórios.

Feitas estas breves considerações sobre os marcos regulatórios das Ouvidorias, é importante destacar que, no final

de 2010, a Administração Pública federal contava com 165 ouvidorias, circunstância que redesenhou a relação do cidadão com a Administração Pública, estreitando a comunicação entre ambos, ampliando a escuta e o acesso à informação aos destinatários do serviço público, como será visto a seguir.

3 O Papel da Ouvidoria na Atualidade

Como dito anteriormente, a ouvidoria é canal de diálogo direto das instituições com a população, porta aberta para a participação popular, ferramenta essencial na construção da cidadania, seu efetivo exercício e respeito, a partir da escuta ativa, propiciando ao manifestante ter sua demanda apresentada e adequadamente tratada pelo órgão competente.

Além do substrato legal, sua legitimação está diretamente relacionada à consecução do princípio constitucional da eficiência que, nos dizeres de João Elias Oliveira,

[...] consolidou uma aspiração social traduzida por uma nova postura cidadã, que exige o predomínio da gestão eficaz do bem público com a transparência e honestidade dos administradores, e a colocação da administração a serviço do cidadão através da criação de canais de comunicação que propiciem a ampliação da participação popular (OLIVEIRA, 2005, p. 21).

Dentro dessa perspectiva, o formato atual das ouvidorias contempla um novo modelo de gestão, com vistas ao controle da máquina pública através da transparência que é exigida da administração. O cidadão conta com avanços tecnológicos que

permitem rapidez no registro das manifestações por meio de formulários eletrônicos, inaugurando neste ouvir virtual um novo modelo de relacionamento entre o cidadão e o Estado, mais dinâmico e participativo.

Nessa linha, cabe anotar o surgimento de ouvidorias setorializadas, que atuam independentemente de rede ou sistema, como é o caso das ouvidorias de polícia, universitárias, das agências reguladoras e das concessionárias de serviços públicos, possuindo *locus* específico para debates, autonomia e vinculação muito mais próxima à sociedade civil.

A comprovar tal tendência, a Controladoria-Geral da União (CGU) editou o Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS), com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil.

O referido diploma normativo constituiu as ouvidorias públicas federais como instância de controle e participação social, com a responsabilidade de receber e tratar reclamações, solicitações, denúncias, sugestões e elogios relativos às políticas e aos serviços públicos, prestados sob qualquer forma ou regime, com vistas ao aprimoramento da gestão pública. O decreto conferiu à Ouvidoria-Geral da União (OGU) da CGU o estabelecimento das diretrizes que nortearão o trabalho das ouvidorias do país, buscando uma atuação integrada e proativa de todas as ouvidorias federais.

Cabe destacar, ainda, que, em 8 de dezembro de 2014, a Controladoria-Geral da União lançou o portal de ouvidorias com o objetivo de disseminar informações sobre ouvidorias federais, cuja principal novidade é o e-Ouv, canal informatizado para entrada e tratamento de manifestações, voltado principalmente para as ouvidorias que não possuem canal informatizado para manifestações, padronizando, assim, os procedimentos e fornecendo condições adequadas para o funcionamento efetivo deste importante meio de diálogo entre o cidadão e o poder público.

Não se pode olvidar que esse desiderato de articulação entre ouvidorias públicas também foi o mote para a criação do Conselho Nacional dos Ouvidores do Ministério Público (CNOMP), instituído no dia 12 de março de 2009. Ele caracteriza-se como associação de âmbito nacional e sem fins lucrativos, composto pelos Ouvidores do Ministério Público dos Estados e da União, com o objetivo de incentivar a integração das Ouvidorias de tais órgãos, de promover o intercâmbio de experiências funcionais e administrativas e de informações sobre os métodos de registros, trâmites e levantamentos estatísticos das manifestações recebidas pelas Ouvidorias, promovendo estudos, objetivando identificar os temas recorrentes, elegendo metas e estabelecendo diretrizes relacionadas ao aperfeiçoamento das atividades das Ouvidorias.

Neste fórum específico, elaborou-se projeto de lei federal que regulamentará as Ouvidorias do Ministério Público brasileiro e que em breve será entregue ao Procurador-Geral da República,

contendo dispositivos que consolidarão importantes avanços para o exercício de tão importante mister, quer no tocante a forma de acesso ao cargo e seus requisitos, além da previsão de dedicação exclusiva do eleito ao cargo de ouvidor, condição *sine qua non* para que todos os membros possam concorrer ao certame, independentemente do local onde estejam lotados, quer para que se tenha uma atuação proativa, uma ouvidoria viva e não apenas simbólica.

Diante deste novo contexto, cabe destacar que o trabalho desenvolvido pela Ouvidoria não é de mera recebedora e repassadora de reclamações, denúncias e solicitações. Há todo um labor pedagógico e construtivista no ato de ouvir e informar o cidadão a respeito de seus direitos e deveres, tornando-o apto a buscar a melhor prestação do serviço possível, capacitando-o a identificar o órgão apropriado para a resolução do problema relatado, ao mesmo tempo que tais manifestações transformam-se em poderosos indicadores para que os órgãos gestores possam traçar suas prioridades de atuação e metas de trabalho, já que refletem os anseios e as angústias de uma comunidade que, de alguma forma, não está sendo atendida em suas necessidades.

Neste campo fértil, a escuta interna e a externa devem coexistir, ou seja, da mesma forma que o ouvidor exerce o papel de porta-voz do público externo, é de se esperar que também canalize os anseios dos servidores de sua própria instituição como forma de tornar a administração interna mais participativa

e aberta, criando um clima propício para a resolução de conflitos corporativos de forma não adversativa.

Na esteira de Artur Roman (2012, p. 164, grifo nosso), a ouvidoria interna há que ser considerada como um “[...] *lugar de comunicação para os não ditos revelados*”. O não dito se faz bem dito, se torna um discurso formalizado e passa a receber tratamento institucional, com possibilidade de correção de rumos e descompassos no ambiente laboral, contribuindo assim para a melhoria dos relacionamento interpessoais e ajustamento dos processos organizacionais.

Ainda no ambiente interno, é papel do ouvidor zelar para que o processo de gestão das informações flua da forma mais rápida possível, diminuindo os entraves burocráticos, de forma que a manifestação do cidadão seja respondida pelos setores competentes num prazo razoável.

Cabe esclarecer que não é papel do ouvidor fiscalizar o trabalho de servidores públicos ou privados, nem é sua função impor atuações ou determinar a execução de qualquer ação. Nos dizeres de Doriel Veloso Gouveia (2013, p. 31, grifo nosso), “*Ouidor não manda, tenta persuadir, apenas*”. Cabe a ele a transformação da manifestação do cidadão, qualquer que seja ela — reclamação, solicitação, sugestão, elogio ou denúncia —, em algo oficial e público e com a devida resposta, positiva ou não, trabalhando sempre para que a demanda seja atendida, num constante processo de interlocução entre ouvidorias públicas e privadas.

Desta forma, essa caixa de ressonância em que se transformou a Ouvidoria contribui muito para o fortalecimento das instituições que mais facilmente identificam as falhas em seus modelos de prestação de serviços e mais rapidamente buscam soluções para dirimi-las, tudo com a efetiva participação social do cidadão, que se reconhece como protagonista nesse processo, ao mesmo tempo artífice/indutor e destinatário do agir estatal.

Afirmam Asper y Valdés e Caiden (2000, p. 202, grifo nosso) que, “[...] qualquer instituição que tenha como missão a melhoria da qualidade de vida do cidadão, que vise reforçar o valor moral da sociedade, *difícilmente pode ser tida como dispensável ou sem utilidade*”. Nesta linha de raciocínio, a essencialidade das ouvidorias não pode ser refutada ou mitigada, não sendo admissível retrocessos diante do compromisso daqueles que a instituíram, sob pena de comprometer a credibilidade do próprio organismo perante o cidadão.

Neste cenário positivo, as ouvidorias públicas brasileiras demonstram o seu comprometimento e respeito com o cidadão quando qualificam sua demanda e trabalham na busca de solução de uma simples e singela reclamação bem como quando contribuem para o aprimoramento da gestão pública, fornecendo aos administradores a matéria-prima e o vetor para políticas públicas. São ferramentas essenciais que estão ao alcance do cidadão e do Estado e prontas para lapidar a pedra bruta administrativa, de forma que seu mister atenda aos anseios da sociedade, contribuindo diretamente com a racionalização e o

gerenciamento dos recursos públicos e com a credibilidade e o fortalecimento da imagem da instituição perante a população.

4 Conclusões

Após as considerações acima elencadas, resta indubitável que as Ouvidorias são importantes instâncias de construção do pleno exercício da cidadania ativa, democrática e participativa, dando voz e vez ao cidadão que, muitas vezes, não sabe a quem recorrer para ter seus direitos efetivamente respeitados.

As Ouvidorias devem ser vistas como parte fundamental do planejamento estratégico das instituições, porque são um refletor privilegiado das fragilidades internas e externas, verdadeiros celeiros de informações que permitem aos gestores um olhar diferenciado sobre os anseios sociais, auxiliando-os na tarefa de redirecionar políticas, eliminar falhas, mudar processos e procedimentos, favorecendo uma gestão flexível e voltada para a satisfação das necessidades do cidadão, permitindo-lhe, através de sua manifestação, que participe do processo e realize um controle social sobre as políticas e serviços prestados.

O trabalho a ser realizado pelas Ouvidorias, de transformar em realidade os conceitos de acesso à informação, de transparência ativa e passiva, de *accountability*, de gestão participativa e de representação do indivíduo, só será exitoso com o apoio das instituições das quais elas fazem parte, no sentido de direcionar recursos para a capacitação e o desenvolvimento adequado

das competências necessárias para a consecução plena de tais objetivos.

Em busca de uma cumplicidade positiva entre prestadores e recebedores de serviços, a Ouvidoria é uma instância formal de ausculta a sociedade e sua interface mediadora e persuasiva reveste-se de instrumento de constante aprendizado e adequação organizacional, pois, além de ouvir a demanda do cidadão e buscar meios de solucioná-la, é missão da Ouvidoria contribuir para ações de melhoria dos serviços prestados, fornecendo aos tomadores de decisões elementos indicativos e parâmetros para um planejamento estratégico balizado nos anseios da sociedade.

A face pedagógica do trabalho realizado nas Ouvidorias envolve o papel proativo do ouvidor enquanto disseminador de conceitos positivos quanto à importância da participação do cidadão nos processos de gestão pública, conclamando-o e estimulando-o a utilizar-se dos canais colocados a sua disposição para reclamar da má administração, denunciar abusos de função pública, propor sugestões para a melhoria da prestação de serviços bem como elogiar as boas práticas levadas a cabo pelo administrador e demais servidores.

Assim, com o olhar voltado para o futuro, caberá a todos os atores sociais e também às instituições desenvolver uma cultura que propicie o pleno funcionamento das ouvidorias, em toda a sua dimensão e potencialidade, partindo do pressuposto de que toda forma de manifestação do cidadão, por mais simples que possa parecer, encerra uma pretensão normativa legítima e

constitucionalmente adequada, a reclamar uma decodificação na seara competente e o respectivo alinhamento com vistas à melhoria de seus processos.

Title: Ombudsman: a Necessary Contribution

Abstract: This paper aims to gather and provide historical, legal and practical support on the role of ombudsmen in the Brazilian democratic context, in order to know the extent of this important body of popular participation and promotion of citizenship, which serves, also, as an efficient administrative management and decision-making tool for the highest authorities. This reflection is necessary in this context of a increasingly participatory and active society, in which the citizen has taken its role as the co-author of solutions and conductor to results produced in the social participation process, requiring greater transparency in the exercise of power and improvement of public service delivery.

Keywords: Ombudsman. Communication channel. Access to information. Citizenship. Administrative management.

Referências

ALVES, Rubem. Escutatória. *Correio Popular*, Campinas, 9 abr. 1999. Disponível em: <http://www.rubemalves.com.br/site/10mais_03.php>. Acesso em: 19 abr. 2014.

ASPER Y VALDÉS, Daisy de; CAIDEN, Gerald e. A instituição do ombudsman: aspectos da maturidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 145, p. 201-212, jan./mar. 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. *Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014*. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.490 de 19 de novembro de 1992. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 nov. 1992.

BRASIL. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 maio 2003.

GOUVEIA, Doriel Veloso. *Ouvidoria viva*. João Pessoa: Ministério Público da Paraíba, 2013.

KISSINGER, Henry. *Sobre a China*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

LEMOS, Flávia Cristina da Silveira (Org.). *A ouvidoria como um processo democrático: repensando estratégias de controle social no Pará*. Belém: Universidade Federal do Pará, 2009. Disponível em: <<http://www.anop.com.br/home/docs/historia.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

MÁRIO, Camila Gonçalves de. *Ouvidorias públicas em debate: possibilidades e desafios*. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.

OLIVEIRA, João Elias de. Ouvidoria pública brasileira: a evolução de um modelo único. In: VISMONA, Edson Luiz (Org.). *A ouvidoria brasileira: dez anos da Associação Brasileira de Ouvidores-Ombudsman*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005. p. 45-54.

ROMAN, Artur. Ouvidoria interna: lugar de comunicação para os não ditos revelados. In: IASBECK, Luiz Carlos Assis (Org.). *Ouvidoria: mídia organizacional*. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 151-182.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CYRILLO, Rose Meire. Ouvidorias: um aporte necessário. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 193-211, 2015. Anual.

Submissão: 20/4/2015

Aceite: 13/7/2015

Obesidade Infantil Decorrente de Negligência Parental: Responsabilização e Medidas Cabíveis

Carina da Costa Dezan

Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – Uni-CEUB. Pós-Graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT.

Resumo: O presente artigo se propõe a analisar a responsabilização dos pais pela obesidade dos filhos como uma ideia compatível com a doutrina constitucional da proteção integral. Aponta a negligência parental quanto à alimentação e à saúde dos filhos como ilícito punível nas esferas civil, administrativa, e analisando hipóteses em que poderia ser também enquadrado como fato típico penal, avalia as medidas previstas na legislação, a fim de sugerir as mais adequadas ao caso concreto.

Palavras-chave: Obesidade infantil. Proteção integral. Direito ao convívio familiar. Melhor interesse do menor. Responsabilização dos pais.

Sumário: Introdução. 1 O Fenômeno da Obesidade Infantil. 1.1 Principais Consequências. 1.2 Possíveis Causas. 1.2.1 Publicidade, Escola, Classe Social. 1.2.2 O Papel da Família. 2 A Doutrina da Proteção Integral. 2.1 O Princípio do Melhor Interesse do Menor. 2.2 O Conteúdo Obrigacional do Poder Familiar: Paternidade Responsável. 2.3 O Cuidado como Valor Jurídico. 2.3.1 Negligência: Modalidade quase Esquecida de Maus-tratos. 3 Obesidade Infantil Decorrente de Negligência Parental. 3.1 Medidas Aplicáveis aos Pais. 3.1.1 Direito Fundamental ao Convívio Familiar *versus* Princípio do Melhor Interesse. 3.1.2 Casos no Brasil. 3.2 Responsabilização dos Pais. 3.2.1 Responsabilidade na Esfera Civil. 3.2.2 Responsabilidade na Esfera Administrativa. 3.2.3 Responsabilidade na Esfera Penal. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

Embora muito já se fale sobre os riscos e prejuízos que o excesso de peso pode acarretar, especialmente quando tem início na infância, ainda não há consenso a respeito de como aniquilar a origem do problema e promover a devida responsabilização dos culpados. A reflexão que se pretende provocar consiste justamente no reconhecimento da negligência parental como uma das mais relevantes causas de obesidade infantil.

Uma singela análise das informações a respeito do sobrepeso em crianças permite concluir que a mais expressiva causa do mal vem de dentro de casa (FRAGNANI, 2013). Seja em razão da transmissão de maus hábitos pelos pais, da ausência de limites na educação, da incapacidade de contrariar os desejos da criança, da falta de fiscalização sobre as refeições que são feitas fora do lar, do descaso quanto a alterações anormais no peso da criança, ou de tantas outras situações que são muito comuns em um ambiente familiar desequilibrado.

O sobrepeso em crianças nem sempre é imputável aos pais ou responsáveis, podendo ser atribuído a problemas de saúde, como disfunções hormonais, ou até mesmo a algum tipo de predisposição genética. De um modo ou de outro, a omissão, tanto em fiscalizar e orientar a alimentação do infante, quanto de investigar as possíveis causas para um ganho de peso anormal, não deixa de ser uma forma de negligência. Afinal, o ordenamento jurídico não visa a resguardar o menor apenas das modalidades de maus-tratos caracterizadas pelo abuso ativo do

poder familiar, pelo uso da força, ou por violações comissivas de seus direitos. Também as abstenções que possam comprometer o regular desenvolvimento, em âmbito intra ou extrafamiliar, são combatidas.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 apregoa a doutrina da proteção integral do menor. Seu artigo 227 estatui que

[...] É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Por seu turno, o artigo 5º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) consigna a salvaguarda de menores quanto a ações e omissões abusivas. Diante das incontáveis formas e circunstâncias pelas quais os direitos de menores podem ser vilipendiados, o ECA confere às autoridades competentes uma boa margem de liberdade, a fim de permitir que, para cada caso concreto de transgressão dos deveres inerentes ao poder familiar, seja escolhida a providência que se mostre mais adequada e compatível com a efetiva proteção da criança afetada.

Com base nisso, embora se saiba que o ECA não prescreve expressamente a hipótese tratada no presente estudo – de crianças que se tornam obesas por falta de cuidados dos pais –, há

quem sustente que a omissão parental é uma espécie de maus-tratos, podendo vir a ensejar responsabilidade nas esferas civil, administrativa e até mesmo criminal.

Nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Escócia, por exemplo, já há notícias de pais que, em razão do ganho anormal de peso de seus filhos, perderam ou tiveram suspenso o poder familiar. A polêmica relativa ao acerto ou não das medidas adotadas é grande até mesmo nesses países. Há opiniões favoráveis e ferrenhamente contrárias em estudos e artigos científicos publicados por psicólogos, pedagogos e médicos (COLLUCCI, 2012).

Submetendo os casos de obesidade infantil por negligência à legislação brasileira de proteção à infância e à juventude, e considerando que as medidas previstas podem chegar a implicar a perda do poder familiar sobre a criança maltratada, é possível ver emergir um conflito entre o maior interesse do infante e o inegável prestígio de seu direito fundamental ao convívio familiar. Além disso, a situação impõe a reflexão quanto aos limites da intervenção estatal na vida das famílias e quanto à efetividade que dela se pode e se deve esperar.

Nesse contexto, torna-se mister responder ao seguinte questionamento: a responsabilização dos pais pela obesidade dos filhos, quando ela decorrer da negligência com a alimentação e com a saúde, é um instrumento de efetivação da doutrina da proteção integral contemplada na Constituição Federal?

1 O Fenômeno da Obesidade Infantil

A obesidade é a pandemia da atualidade e vem crescendo de forma vertiginosa a cada dia. O fato de o problema ter se manifestado também em crianças coloca as autoridades da área de saúde em estado de alerta e desperta preocupação quanto às complicações que o sobrepeso infantil pode implicar (MONTEIRO, 2011).

Por determinação constitucional, o Estado, que é solidariamente responsável pelo bem-estar da criança e do adolescente, não pode cegar a esse desenfreado fenômeno. Ocorre que, mesmo após o implemento de políticas preventivas, como programas de orientação (SEMANA..., 2012) e edição de leis que proíbem a venda de alimentos gordurosos em escolas de diversos locais do país (DARLAN, 2011), a situação não foi atenuada.

De fato, não se pode negar importância ao combate da obesidade. Estudos apontam um crescimento exponencial da necessidade de investimento público – que poderia ser destinado a outras áreas de interesse da sociedade – no tratamento de doenças diretamente relacionadas ao sobrepeso (CUSTOS..., 2012). Também por essa razão, medidas profiláticas e imediatistas devem ser sempre estimuladas (quicá impostas), já que são comprovadamente mais eficientes e econômicas.

1.1 Principais Consequências

Dentre as principais e mais nefastas consequências desencadeadas pelo excesso de peso estão: diabetes, hipertensão,

puberdade precoce, colesterol e triglicérides elevados, inflamações crônicas, aumento na produção de insulina, tendência à coagulação acelerada do sangue e alterações nas paredes internas das artérias que mais tarde levarão aos ataques cardíacos e aos derrames cerebrais (MACHADO, 2012).

Além das complicações tardias, como associação à duplicação do risco de infarto do miocárdio, estão ligados à obesidade infantil transtornos renais, musculares, ósseos, articulares, hepáticos, respiratórios (asma, apneia do sono e intolerância aos exercícios físicos vigorosos) e complicações neurológicas.

Distúrbios psicossociais ligados à autoestima rebaixada, à deformação da autoimagem e à visão preconceituosa de uma sociedade que estigmatiza a criança obesa podem levar a quadros depressivos na adolescência, abuso de drogas e transtornos de ansiedade (VARELLA, 2011).

1.2 Possíveis Causas

A comunidade médica é unânime em afirmar que tanto fatores externos quanto internos concorrem para a obesidade. Não obstante, ainda que se reconheça a repercussão de alguns genes sobre o metabolismo, não há qualquer evidência que estabeleça uma relação direta e incontornável entre as características genéticas do indivíduo e sua condição de obeso (TUMAS, 2010).

Com efeito, as atitudes prudentes em prol da saúde são verdadeiramente determinantes para que se mantenha o peso ideal

(SANTOS, 2010). O mito de que a pessoa com predisposições hereditárias está fadada a uma vida sem qualidade já foi derrubado pelos especialistas no assunto, que asseveram categoricamente: embora fatores genéticos tenham papel importante na obesidade, hereditariedade não é destino (VARELLA, 2013).

1.2.1 Publicidade, Escola e Classe Social

Com os veículos de comunicação mais acessíveis que nunca, a população como um todo se encontra exposta a um constante bombardeio de informações e mensagens subliminares, e, por serem mais vulneráveis e influenciáveis, as crianças são alvo fácil de anúncios publicitários (CAZZAROLI, 2011).

A publicidade da indústria alimentícia, que também é dirigida ao público infantojuvenil, vem sendo considerada um dos elementos que contribui para o aumento da obesidade, porquanto estimula o consumo excessivo. A propósito, está em discussão, tanto na comunidade acadêmica quanto no Poder Legislativo, a instituição de normas para regulamentar o trato dos anunciantes com esse mercado consumidor específico (NUNES, 2013).

Assim como a influência das propagandas, a escola também foi incluída no rol de culpados pelo surto de obesidade infantil. Dentre as respostas apresentadas pelo poder público, é possível mencionar a criação de campanhas de conscientização voltadas ao combate da doença (ALVES, 2013), a edição de atos normativos que proíbem a comercialização de lanches excessivamente gordurosos e açucarados nas cantinas e a substituição das refeições

oferecidas pela rede pública de educação por alternativas mais leves e saudáveis (AGUIAR, 2013).

Outro dado curioso é a constatação de que a obesidade infantil está relacionada com o poder aquisitivo e com o grau de instrução da família na qual a criança está inserida (COSTA et al., 2011). De fato, a desnutrição, problema que muito já afetou as populações mais carentes, vem sendo progressivamente substituída pela obesidade, como um reflexo de mutações socioeconômicas e de mudanças no estilo de vida.

Hoje em dia, os itens mais adequados da lista de compras – aqueles isentos ou com menores quantidades de gorduras nocivas, açúcares, agrotóxicos, corantes, conservantes, etc. – estão restritos ao seleto grupo de pessoas que têm condições de arcar seu elevado preço. Nesse reduzido grupo também está concentrada a parcela da população que tem acesso à informação, inclusive no que diz respeito à saúde, à alimentação e aos bens de consumo e serviços que propiciam maior qualidade de vida.

Dentre muitas outras, merece destaque a pesquisa realizada pela Secretaria de Saúde de Muriaé, município mineiro da Zona da Mata, que revelou que uma a cada cinco crianças com até dez anos de idade está acima do peso adequado. Ainda nessa região, observou-se que as crianças obesas menos abastadas, atendidas em 2013 por um dos programas sociais da Pastoral da Criança, são 31% mais numerosas que as desnutridas. Com efeito, o novo perfil dos examinados ensejou, inclusive, a substituição das balanças utilizadas para a pesagem de crianças com até seis anos de idade.

As que estavam disponíveis até então, com capacidade para até 25 quilos, tiveram de ser trocadas por outras que suportassem até 31 quilos (MIRANDA, 2013).

1.2.2 O Papel da Família

Não obstante todas as causas que, em conjunto, remetem ao quadro atual, é preciso refletir sobre a parcela de culpa que recai sobre a família, e, em especial, sobre os pais da criança obesa ou seus responsáveis diretos.

Maus hábitos alimentares, falta de organização e programação das atividades diárias, indiferença, desídia, permissividade e rotinas muito agitadas (PERMISSIVIDADE..., 2012) são fatores que costumam estar presentes nos lares dos pequenos que, desde a idade mais tenra, já começam a sofrer das mazelas da obesidade.

É verdade que a intromissão na educação e criação dos filhos gera grandes polêmicas, o que desencoraja a emissão de opinião por boa parte dos estudiosos. Além disso, o aumento dos casos de obesidade infantil vem se mostrando progressivo e imune às armas até então manejadas, o que torna inadiável uma reação contundente ao fenômeno.

2 A Doutrina da Proteção Integral

No que toca ao surgimento do Direito da Criança e do Adolescente, não se pode negar valor aos acontecimentos históricos mais remotos, como a influência da Igreja, e,

posteriormente, o pensamento iluminista. Todavia, a elevação da importância dada à infância remonta a um passado bem mais próximo. Na verdade, a necessidade de se dedicar atenção especial ao menor foi percebida apenas com a constatação de que ele é, efetivamente, uma pessoa em processo de desenvolvimento, que será o elemento definidor da sociedade futura.

O mais notável fato histórico do reconhecimento do infante como sujeito de direitos foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959, um ano após a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem, de 1958. Trinta anos depois, em Nova York, foi editado o documento com maior coercibilidade e normatividade até então existente, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, que teve adesão mundial em tempo recorde.

Com efeito, a doutrina da proteção integral, insculpida no art. 227 da Carta Maior, integra-se perfeitamente com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Um de seus desdobramentos é a atribuição à família, ao Estado e à sociedade do dever concorrente de assegurar, *com absoluta prioridade*, os direitos fundamentais de toda e qualquer criança. Infraconstitucionalmente, a proteção integral é regida, principalmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas a ele não se limita.

Segundo a doutrina estrelada por Luciano Rossato (2010, p.75-76), o art. 227 da Constituição sugere que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica

do menor, a sociedade por sua convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas em seu proveito. O autor entende tratar-se de responsabilidade que, para ser cumprida, necessita de uma integração, de um conjunto devidamente articulado de atribuições. Essa competência difusa, que pesa sobre uma diversidade de agentes, tem por objetivo ampliar o próprio alcance da proteção dos direitos infantojuvenis.

A propósito, mencione-se que o Código de Menores (Lei nº 6.697/79) se ocupava apenas dos direitos dos infantes que se encontravam em situação irregular, ou seja, aqueles em circunstâncias peculiares, como os abandonados, assistidos, expostos, delinquentes, etc. Esse ponto, especificamente, é o que faz do Estatuto da Criança e do Adolescente atual não apenas uma nova lei, mas um divisor de águas: ele estende a proteção e o tratamento especiais a toda e qualquer criança ou adolescente, substituindo o critério circunstancial pelo critério etário.

2.1 O Princípio do Melhor Interesse do Menor

O princípio do melhor interesse do menor – que tem força cogente tanto sobre o aplicador da norma, no deslinde de casos concretos, quanto sobre o legislador, na elaboração de novas regras – consiste no vetor que impõe a primazia das necessidades da criança e do adolescente. É instrumento interpretativo do qual o operador do direito deve valer-se para buscar o verdadeiro alcance das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, e

assim, vencer o desafio de atingir a efetiva proteção de um grupo de pessoas que não é ouvido (CARACIOLA, 2010, p. 39).

Esse princípio deve prevalecer sobre qualquer outro ditame legal, ainda que em oposição a alguns comandos e regras gerais. Sua aplicação concreta é o que impede os adultos de invocarem, em proveito próprio, alguma norma legal que possa ser abstratamente aplicável, mas que, na prática, não privilegia os interesses da criança.

Exemplo palpável, e cada vez mais comum no cotidiano forense, é o de crianças que são vítimas de abusos, agressões ou negligência dentro de casa: embora se saiba que o ECA privilegia a permanência do menor no seio familiar, essa hipótese deverá ser descartada sempre que representar um risco ou um efetivo prejuízo à criança.

Ressalte-se que o princípio do melhor interesse não se restringe a onerar apenas a família, mas também a sociedade e o Estado. A atuação e a interferência estatal pela garantia dos direitos das crianças deve ser concebida com esse norte.

Ao se afirmar que o menor deverá estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes, compreende-se que todas as necessidades das crianças e dos adolescentes devem ser atendidas de pronto. Assim, na área administrativa, por exemplo, enquanto não existirem instalações dignas para creches, escolas, postos de saúde, e atendimento preventivo e emergencial às gestantes, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos ou monumentos artísticos (LIBERATI, 2010).

Com efeito, para que se garanta o melhor interesse da criança é necessário que haja uma união de forças que culmine na criação de uma rede de proteção efetiva. Sua estrutura deve envolver a elaboração de leis que encarem os maus-tratos com maior severidade e políticas públicas de acompanhamento e conscientização dos pais. Deve também contar com a participação de instituições públicas e privadas bem como com equipes profissionais de amparo.

2.2 O Conteúdo Obrigacional do Poder Familiar: Paternidade Responsável

A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade e no qual há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo (CURY, 2010). Contemporaneamente conceituada como instrumento de proteção avançada da pessoa, a família, na lição de Cristiano Chaves (2011, p. 9), é um núcleo transmissor de costumes e experiências humanas.

Em assim sendo, é possível afirmar que a entidade familiar possui um papel funcionalizado, devendo efetivamente servir como ambiente propício à promoção da dignidade e à realização da personalidade de seus membros. No tocante à criação dos filhos, os pais devem observar os imperativos de cuidado e agir guiados pelo fim de garantir o desenvolvimento pleno e saudável das crianças.

Nesse sentido, o art. 226 da CF define a família como base da sociedade e confere-lhe especial proteção. Seu § 7º atribui ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para que, observando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, os pais tenham liberdade no planejamento familiar e na criação dos filhos. Esclarece o professor José Afonso da Silva (2009, p.775):

De fato, a paternidade responsável (ou paternidade consciente), não animalésca, é sugerida. Nela e na dignidade da pessoa humana é que se fundamenta o planejamento familiar que a Constituição admite como um direito de livre decisão do casal, de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício. A Constituição não se satisfaz com declarar livre o planejamento familiar. Foi mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições sociais ou privadas (SILVA, 2009, p.775).

Com efeito, a Carta é expressa em vedar que Estado e instituições oficiais ou privadas interfiram no ambiente familiar, de forma que cada núcleo pode adotar para si o estilo de vida que bem entender. Todavia, é preciso considerar que algumas liberdades são relativas e condicionadas a um dever.

O direito de constituir família e de regê-la conforme convicções pessoais próprias está resguardado na Constituição e é compatível com valores democráticos de respeito à individualidade e às diferenças, em voga na ordem vigente (PETRINI, 2004 apud FARIAS, 2004). Contudo, acima desse e de muitos outros direitos, a Constituição consagra a Doutrina da Proteção Integral,

na qual os interesses de crianças e adolescentes têm absoluta prioridade, competindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurá-los. Assim, o dever de introduzir proteína de origem animal à dieta de uma criança para o tratamento de determinada carência nutricional que vem causando problemas de saúde sobressai ao direito dos pais de optar por criar os filhos sob os princípios de um estilo de vida vegano, por exemplo.

O poder familiar, que outrora era intitulado de pátrio poder, deixou de representar a tirania do patriarca para se transformar em uma servidão de ambos os genitores em prol da tutela dos rebentos. Hoje, o instituto apresenta feições que mais o caracterizam como um dever, uma obrigação. O poder familiar é encarado como um direito concedido aos pais para cumprirem um dever. Deixou de ser, assim, direito estabelecido em favor dos genitores e no interesse de quem o exerce, para transformar-se num simples dever de proteção e direção, um meio que têm o pai e a mãe para honrar com seus deveres inerentes à paternidade (MONTEIRO; SILVA, 2010, p. 497).

2.3 O Cuidado como Valor Jurídico

O cuidado representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado, ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até à morte, o ser humano desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que

emprender, acabará por prejudicar a si mesmo, por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana.

Leonardo Boff

Na obra “Saber Cuidar: Ética do Humano, Compaixão pela Terra”, o teólogo Leonardo Boff (2003, p. 53) assevera que o cuidado, em sua concepção conceitual mais ampla, é vital por se encontrar intimamente ligado à essência humana. A lição comporta menção no Direito da Criança e do Adolescente.

Note-se que o direito de ser cuidado está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa não é, em sua origem, um conceito jurídico, mas sim um *constructo* filosófico que expressa o valor intrínseco da pessoa, que a faz única e irrepetível, sendo o centro do mundo e, ao mesmo tempo, centrada no mundo, como um fim que ela mesma decide qual é e, portanto, nunca um meio (MOCHI, 2013).

De fato, a proteção da infância envolve princípios que se destacam e se reafirmam como valores jurídicos. A família contemporânea tem priorizado relações de afeto, solidariedade e responsabilidade, abandonando a identificação tradicional como núcleo econômico e de reprodução.

A configuração do cuidado como valor jurídico também remete aos estudos sobre a alteridade que vem ganhando uso acentuado nos meios sociais do século XXI, e cujo significado conduz o ser humano a se colocar no lugar do outro na relação interpessoal (PEREIRA, 2008, p. 57). Nesse diapasão, é relevante

lembrar que crianças e adolescentes gozam de maior gama de direitos fundamentais que os adultos, muito embora não tenham voz no processo de inovação legislativa (MACHADO, 2003).

Com efeito, o direito à vida e à saúde, especialmente pertinente ao tema proposto neste trabalho, é legalmente assegurado desde a concepção, obrigando a família, a sociedade e o Estado a conferirem total prioridade à saúde de crianças e gestantes. Essa garantia não se configura atendida meramente pelo fato de a criança não estar acometida por alguma enfermidade, já que, segundo o conceito adotado pela Organização Mundial de Saúde, “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946). Também se insere, no direito à saúde, uma alimentação adequada, que previna doenças como a subnutrição e a obesidade infantil. Portanto, ainda que a família não possua condições suficientes de alimentar corretamente seus filhos, o Estado tem a obrigação de elaborar políticas públicas para manter condições mínimas de existência digna e sadia.

2.3.1 Negligência: Modalidade quase Esquecida de Maus-Tratos

Inspirada pelo artigo 227 da Constituição (1988), que coloca toda criança e todo adolescente “[...] a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, a doutrina da proteção integral preceitua que ações ou omissões prejudiciais ao regular desenvolvimento do menor devem ser obstadas e punidas. Observe-se que o constituinte, a

fim de estabelecer um referencial de tutela, inseriu as condutas negligentes, as discriminatórias, as exploratórias, as violentas, as cruéis e as opressoras em uma mesma categoria, atribuindo ilicitude a todas elas.

A expressão “maus-tratos na infância” não se refere apenas à violência física, mas a todo ato que cause dano à integridade moral, física, mental, emocional ou social da criança. Neles se incluem: negligência, tortura, pressão psicológica, coação, humilhação, punição cruel, privação de liberdade, trabalho infantil perigoso, ilegal ou insalubre, estimulação, exploração ou abuso sexual, dentre outros.

Com efeito, nem todas as modalidades de maus-tratos deixam marcas na pele. Atitudes que comprometem a saúde, a segurança e a integridade do menor não se resumem a condutas ativas de violência física ou psicológica, como castigos corporais e ameaças, podendo também consistir em omissões e privações.

Por não ser essencialmente palpável, a negligência tende a se manifestar de forma invisível, muitas vezes passando despercebida. Como quando os pais asseguram as necessidades materiais dos filhos – vestuário, alimentação, lazer, material escolar, etc. –, acreditando e fazendo crer que estão em dia com as obrigações parentais, mas se abstêm de desvelos outros, como a verificação das atividades escolares, a disciplina com tarefas, a inserção de hábitos saudáveis e tantos mais que também são essenciais.

De fato, a negligência se traduz na incapacidade de

proporcionar à criança a satisfação dos cuidados básicos de higiene, alimentação, afeto e saúde, indispensáveis para que seu crescimento e desenvolvimento ocorram dentro da normalidade. Constitui uma expressão muito comum de maus-tratos e acarreta graves repercussões para a criança: desde alterações de comportamento e atraso de crescimento e de desenvolvimento, até os acidentes que, inclusive, implicam risco de morte.

Não se pode negar que a negligência configura uma forma de violência. É tão grave quanto agressões físicas ou psicológicas, e, embora não seja um assunto que tenha inspirado muitos trabalhos acadêmicos nos últimos anos, foi, em 2008, a ocorrência mais comum entre os casos atendidos pela Seção de Atendimento à Situação de Risco (SEASIR), da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal (ALFAIATE, 2010, p. 9-11).

Importa destacar, todavia, que a carência de recursos materiais para oferecer toda a estrutura necessária à criança não pode de forma alguma ser, por si só, considerada uma forma de negligência. Aliás, o artigo 23 do ECA proíbe que alterações no poder familiar sejam motivadas pela falta de condições financeiras, e o artigo 100, § 7º da mesma lei determina que, identificada a necessidade, a família seja incluída em programa oficial de promoção e auxílio.

3 Obesidade Infantil Decorrente de Negligência Parental

Segundo explica Tânia da Silva Pereira (2013), o ordenamento jurídico pátrio, reconhecendo o princípio da

Paternidade Responsável, exige que os pais, no poder-dever de educar, estabeleçam regras necessárias ao desenvolvimento sadio dos filhos. Em seu artigo 7º, o ECA prevê, especificamente, o direito à vida e à saúde da criança e do adolescente, “[...] mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Salienta-se, mais uma vez, que, por força do artigo 227 da Constituição, e do artigo 4º do ECA, a garantia deste direito é responsabilidade da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público.

De fato, embora não caiba ao Estado ditar as regras e os princípios que cada família deve seguir, a proteção absoluta do menor é uma questão de ordem pública e prevalece sobre algumas liberdades de escolha quanto a medidas na criação e no trato dos filhos. Desse modo, os detentores do poder familiar não têm a faculdade de decidir se propiciarão ou não educação às crianças sob sua responsabilidade, se zelarão pela saúde delas, se as protegerão, ou se denunciarão abusos cometidos contra elas.

No contexto da problemática que envolve a obesidade infantil, é de se dizer que cabe primeiramente aos detentores do poder familiar a escolha dos alimentos que deverão ser consumidos pelos filhos. É sedutora a ideia de transferir toda a culpa para a publicidade e para as vitrines das cantinas escolares, mas não há como negar que quem efetivamente detém o poder aquisitivo para incluir guloseimas na lista de compras ou para custear os lanches do recreio são os pais. Ademais, o fator determinante para que

o menor em desenvolvimento adquira hábitos adequados não é a proibição das propagandas ou da venda de salgadinhos, e sim a conscientização transmitida em casa desde cedo (POR UM LANCHE..., 2013).

A questão é deveras delicada, pois não se restringe a tratar apenas de conflitos entre direitos e deveres, abarcando também a disciplina de ações morais e éticas. Merece atenção mais que especial da sociedade e do poder público, à medida que suscita pontos sobrejacentes à educação alimentar, os quais sugerem desrespeito a normas vigentes, como a Constituição, o Estatuto da Criança e Adolescente, e até mesmo o Código Penal.

A priori, não há na legislação sanção específica que imponha algum tipo de dieta ou tratamento no caso de a criança estar obesa. No entanto, o sistema de proteção à infância não é taxativo. A partir do momento que os pais se mostram omissos ou negligentes quanto ao dever de cuidar e educar o filho na hora de comer ou deixam de investigar possíveis causas fisiológicas que podem tê-lo levado à obesidade, a interferência do poder público – na função de garantidor e corresponsável pela salvaguarda dos direitos fundamentais da criança e do adolescente – torna-se necessária para que o direito à vida e à saúde daquela pessoa em condição peculiar de desenvolvimento seja preservado.

Assim, por estar incluída na esfera do exercício do poder (dever) familiar, a liberdade de escolha sobre a educação alimentar da prole pode ser relativizada. Caso os pais se portem com incúria, permitindo com que os filhos ganhem peso em excesso,

o que é altamente prejudicial ao seu desenvolvimento, deve haver interferência estatal para proteger o direito constitucional à vida e à saúde da criança ou do adolescente que se encontre nessa situação.

3.1 Medidas Aplicáveis aos Pais

Considerada norma protetiva de ampla abrangência mundial, a Convenção Sobre os Direitos da Criança (1990) exige que os Estados a ela aderentes adotem nos termos do seu artigo 19.1

[...] medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela (BRASIL, 1990).

Com efeito, a tutela pretendida não se satisfaz com a mera proteção a todo custo, necessitando também que a criança e o adolescente sejam considerados sujeitos de direito. As políticas públicas devem contemplar essa situação, proporcionando o equilíbrio existente pela condição de serem pessoas em desenvolvimento (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2010, p. 75).

Por sua vez, o ECA, em seu artigo 22, enunciou o princípio da paternidade responsável, conferindo aos genitores os deveres de sustento, educação e guarda, e deles reclamando o cumprimento de decisões judiciais proferidas em proveito dos filhos. Em

prestígio à doutrina da proteção integral e ao princípio do melhor interesse, a mesma Lei também previu a adoção de providências drásticas a serem impostas aos pais em caso de maus-tratos ou transgressão do poder familiar.

O artigo 129 da lei menorista arrola dez medidas, sendo algumas de caráter eminentemente preventivo, como a inclusão em programas oficiais ou comunitários de auxílio, orientação e tratamento a toxicômanos, que, inclusive, podem ser determinadas pelo Conselho Tutelar. Além disso, também estão previstas a perda da guarda, a destituição da tutela e a suspensão ou destituição do poder familiar, medidas mais austeras e que só podem ser ordenadas pelo magistrado competente após um processo judicial com contraditório e ampla defesa. O artigo 130 possui natureza cautelar e consigna a possibilidade de afastamento do adulto agressor do lar onde a criança ofendida habita, sem, por óbvio, desincumbi-lo do eventual dever de prestar alimentos.

3.1.1 Direito Fundamental ao Convívio Familiar *versus* Princípio do Melhor Interesse

Estipulado no artigo 227 da Constituição e no artigo 19 do ECA, o direito fundamental que o menor tem de ser criado por sua própria família possui natureza de princípio, devendo ser tratado como norma orientadora.

Seu fundamento está na consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, a quem devem ser transmitidos valores éticos, morais e cívicos. Os laços familiares

têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam, de forma livre e sadia, rumar à estruturação de sua personalidade. Efetivamente, é no dia a dia da vivência no pequeno núcleo familiar, no círculo mais vasto das relações de vizinhança, de bairro e cidade, na escola e no lazer, que a criança se abre para o mundo e assimila valores, hábitos e modos de superar as dificuldades, de formar o caráter e de introduzir-se na vida social.

É preciso admitir, contudo, que o direito fundamental ao convívio familiar equivale a um dos variados pilares nos quais o princípio constitucional da proteção integral busca efetividade. Por conseguinte, pode-se dizer que esse direito, conquanto seja considerado um norte, não é absoluto, e tão pouco representa um fim em si mesmo. Ele é, na verdade, um meio para a consecução da proteção integral e para a satisfação do melhor interesse da criança (TEPEDINO, 2004 apud CUNHA, 2004, p. 312).

No presente contexto, importa novamente salientar que o poder familiar não consiste em um poder propriamente dito. Na verdade, há uma relação de subordinação entre o direito de exercer autoridade e o dever de cuidar e criar.

Com efeito, ao aderir à Convenção Sobre os Direitos da Criança, o Estado brasileiro se comprometeu com o dever de assegurar a devida proteção ao menor, levando em consideração os direitos e deveres dos adultos que o cercam (artigo 3.2), bem como com o dever de garantir que ele não seja afastado de sua família natural, salvo quando estritamente necessário a seus

interesses (artigo 9.1), e o dever de impedir todas as formas de maus-tratos (artigos 18.1 e 18.2).

De fato, ao direito de habitar o lar com a família, sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual não pode ser delido em momento algum. Tanto o poder familiar quanto os institutos da guarda e da tutela foram concebidos, a rigor, para proteger o menor e colocá-lo a salvo de situações de perigo, a fim de tornar perene sua ascensão à vida adulta. Não há que se falar, portanto, na preservação de interesses dos pais ou responsáveis quando o assunto for a permanência do menor com a família. Deve-se perseguir tão somente a salvaguarda do direito pertencente ao infante, de haver para si prestada assistência afetiva, material, moral e educacional¹.

Não há dúvidas de que o núcleo familiar seja o melhor ambiente para o desenvolvimento da criança. Contudo, é forçoso assentir que nem sempre esse recinto é equilibrado e adequado, podendo, ao revés, ser antagônico ao fim que se propõe. Há situações em que a permanência sob a guarda dos pais significa risco para a sobrevivência ou saúde do menor, como no caso de maus-tratos habituais ou rejeição, podendo esta ser manifesta ou evidenciada pela omissão dos deveres fundamentais inerentes à paternidade.

¹ Superior Tribunal de Justiça. Civil – Família – Menor – Guarda. Recurso Especial nº 964.836/BA. Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. 2 abr. 2009. Acórdão publicado no DJ-e em 4 ago. 2009.

3.1.2 Casos no Brasil

Sobre o assunto em debate, as Cortes Superiores do Judiciário brasileiro ainda não se posicionaram, embora já tenham sido provocadas a fazê-lo.

Em 2007, o juízo de família da comarca de Petrolina, interior de Pernambuco, entregou, a um pai, a guarda da criança que engordou mais de 15 quilos enquanto estava sob os cuidados da mãe, tendo a decisão sido ratificada pelo Tribunal de Justiça estadual. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça anulou todo o processo, por reconhecer a competência absoluta do foro de domicílio da mãe, em Lins, interior de São Paulo, sem, contudo, enfrentar o mérito da perda da guarda (PAI..., 2007).

Outra notícia que chamou a atenção data de 2012. É o curioso caso do pai que denunciou sua ex-mulher pelo fato de a filha do casal – uma criança de seis anos de idade e 1,35 metro de altura – estar clinicamente obesa por pesar 50 quilos, mais que o dobro dos 20 quilos para ela recomendados. Na hipótese, embora já tivesse buscado auxílio do Conselho Tutelar, o pai da criança não conseguiu registrar boletim de ocorrência. A recusa da autoridade policial se deu sob o argumento de não existir conduta criminosa, já que o simples fato de ter um filho com sobrepeso não está tipificado como crime na legislação penal. Depois de apresentar a avaliação antropométrica da criança, junto com artigos jurídicos que tratam da responsabilização dos adultos pela saúde dos filhos, o pai conseguiu que a polícia convocasse a mãe da criança para prestar esclarecimentos. Os feitos judiciais ainda

estão em curso e tramitam em segredo de justiça perante uma das Varas de Família da comarca de Londrina, no Paraná (SANTIN, 2008).

3.2 Responsabilização dos Pais

A ordem jurídica não tolera o fato de que uma pessoa cause mal a outra injustamente, e, no intuito de restabelecer o equilíbrio social vergastado pela conduta antijurídica, fixa penalidades que se prestam a compensar a vítima pelo dano sofrido.

Com efeito, o dever de cuidado objetivo se traduz na cautela, atenção ou diligência necessárias para que o atuar da pessoa não resulte lesão a bens jurídicos alheios. Sua inobservância torna a conduta culposa. A culpa se evidencia em uma deficiência na vontade ou em inaptidões próprias, e exprime juízo de reprovabilidade por ter o agente violado um dever de cuidado quando, em face de circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 33).

Como se sabe, o poder familiar confere funções de conteúdo pessoal aos pais, e o descumprimento delas importa consequências de caráter civil, administrativo, e até mesmo criminal.

A obesidade em crianças, quando fruto de negligência por parte dos pais, caracteriza desatendimento ao dever objetivo de cuidado. Além disso, também é uma forma de transgressão do poder familiar, configurada quando os genitores falham na missão de prover as necessidades físicas, materiais, educacionais,

higiênicas de seus filhos e/ou de supervisionar suas atividades, de modo a prevenir riscos. Frise-se, que os pais não podem ser tachados como negligentes se as eventuais falhas forem cometidas em razão da precariedade de recursos, ou se o dano experimentado pela criança tiver ocorrido por motivos e circunstâncias alheios ao controle dos genitores.

3.2.1 Responsabilidade na Esfera Civil

A doutrina da proteção integral é um princípio dotado de *status* constitucional que vincula toda a ordem jurídica. Assim, conforme já observado, a disciplina dos direitos do menor não se restringe ao texto da Constituição ou do ECA, mas a todo e qualquer ato normativo que disponha sobre interesses concernentes a crianças e adolescentes.

Com efeito, os artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil asseveram que o abuso de autoridade, retratado pelo descumprimento dos deveres inerentes à paternidade, pode motivar a suspensão do poder familiar, e que a perda deste pode ser decretada caso as transgressões sejam recorrentes.

O artigo 129 do ECA, por seu turno, lista as medidas de natureza civil que podem ser impostas aos pais, quando for verificada a necessidade. Das mais brandas às mais gravosas, é preciso individualizar cada caso para eleger a que melhor atenda aos interesses da criança.

Muitas vezes, providências simples são hábeis a impelir os pais para uma mudança de comportamento que conduza

ao emagrecimento saudável do filho. O encaminhamento dos responsáveis a cursos ou programas de orientação (art. 129, IV, ECA), ou a submissão do menor a tratamento especializado (art. 129, VI) são sempre recomendáveis e devem preceder reações mais invasivas. A advertência (art. 129, VII, ECA) também é cabível, como primeira forma de interpelar os pais ao cuidado com os filhos, ou como resposta ao descumprimento de medida mais amena, dada a liberdade que o ECA oferece ao aplicador da norma. Observe-se que tanto o Conselho Tutelar quanto o Juizado da Infância têm competência para entabular essas situações.

Noutro plano, os incisos VIII, IX e X do artigo 129, assim como o caput do artigo 130, prescrevem imposições severas que só podem ser ordenadas por autoridade judiciária. Consistem, respectivamente, em: perda da guarda, destituição da tutela, suspensão ou perda do poder familiar e afastamento cautelar do agressor da moradia comum.

Destaque-se, veementemente, que qualquer dessas medidas mais graves somente poderá ser tida como legítima se for comprovada a negligência consciente por parte dos pais, mediante o depoimento de testemunhas, o exame de pareceres apresentados por assistentes sociais e psicossociais que acompanharam a família, e outras fontes que informem a realidade específica em que a criança vive. Não se prescinde que também seja demonstrado o nexo de causalidade direto entre o comportamento indiferente dos pais e a obesidade do filho, e que seja detalhadamente fundamentado como e por que nenhuma medida mais suave foi

ou será eficaz. Ademais, é indispensável que o peso da criança já se encontre acima do limite, ou, se limítrofe, que seja evidenciada a inércia e a incúria dos pais em evitar seu aumento.

Superados todos os requisitos, e na hipótese de ser realmente impossível a permanência da criança no seio da família biológica, é natural que se lhe garanta, então, a família substituta. Esta também será capaz de ministrar experiências positivas, porquanto o ato de acolher, adotar, é equiparado ao de gerar, de estabelecer laços, de assumir uma forma autêntica de filiação e paternidade. É só com esse aspecto que se admite a função supletiva de guarda-tutela ou adoção (CURY, 2010, p. 111).

Não obstante, o ECA também admite que a criança seja acolhida temporariamente em abrigo (artigo 101, VII, parágrafo único). A partir daí, e da realidade que se conhece sobre as condições em que se encontram os orfanatos, as Organizações Não Governamentais e demais entidades brasileiras de amparo ao menor, questiona-se a ideia de a institucionalização ser a opção que melhor atende aos interesses dela.

De fato, o artigo 92 do ECA exige que o local tenha características que o aproximem ao máximo de uma realidade familiar, inclusive com dinâmica própria de intercâmbio com a comunidade. Esses requisitos almejam justamente reafirmar que a situação normal e natural está na família, pois é ela que garante as condições de criar e educar o ser em desenvolvimento. Em torno da instituição, para servi-la e orná-la, devem estar a escola, a iniciação ao trabalho e os programas de proteção.

Todavia, alguns estudos sugerem que a habitação por tempo prolongado nesses ambientes pode estar relacionada a danos na formação da personalidade e no desenvolvimento da linguagem. A rotina massificada do abrigo despersonaliza as relações, torna artificial a convivência e impede a experiência capilar do cotidiano familiar, o que dificilmente é lecionado em aulas e exercícios. Por conseguinte, a ausência de um lar pode implicar a perda de figuras de referência, o que supostamente repercute sobre a absorção de princípios e valores (BAQUEIRO, 2010 apud GHESTI-GALVÃO, 2010). Eis mais uma razão para que a reintegração do menor à sua família tenha *preferência em relação a qualquer outra providência* (artigo 19, § 3º, ECA).

Com efeito, as medidas drásticas que podem recair sobre os pais – perda da guarda, destituição da tutela, perda ou suspensão do poder familiar – somente poderão ser decretadas em situações muito extraordinárias, dado o elevado valor sob o qual se reveste o direito à convivência familiar. Mais extraordinárias e excepcionais ainda são as circunstâncias que têm aptidão para autorizar e conduzir o juiz a decidir pela institucionalização da criança obesa e negligenciada. Essas são situações em que há risco real de vida, evidente comprometimento da saúde ou demonstrado descaso por parte dos pais.

De fato, uma afirmativa contemplada pelo sistema de proteção da criança é a de que sua retirada compulsória do lar contraria um direito fundamental, o qual diz respeito ao convívio familiar. Porém, o referido direito não é um fim em si mesmo,

mas um meio para a se chegar à satisfação dos interesses preponderantes do menor, este sim o verdadeiro corolário da proteção integral. Sendo assim, a permanência da criança com os pais ou responsáveis comporta relativizações quando estritamente necessária para a tutela de sua vida, saúde e dignidade, pois “[...] a experiência do passado e a perspectiva do futuro militam em favor da conservação do múnus público protetivo dos fundamentais interesses da criança e do adolescente” (COMEL, 2003, p. 141).

3.2.2 Responsabilidade na Esfera Administrativa

O descumprimento culposo ou doloso dos deveres inerentes ao poder familiar ou relativos à guarda ou tutela, bem como de determinação exarada por autoridade judiciária ou pelo Conselho Tutelar, conforma-se como a infração administrativa constante do artigo 249 do ECA. A penalidade pecuniária é calculada na monta de três a vinte salários de referência e é dobrada em caso de reincidência.

Frise-se que a simples imputação administrativa é cabível para as ocorrências menos graves. Assim, os genitores ou responsáveis que deixarem de atender a deveres mais específicos de cuidado, que não importem prejuízos expressivos ou irreversíveis, inclusive quanto ao cuidado com a alimentação e estado de saúde dos filhos, ou aqueles que não cumprirem medidas eventualmente impostas pelo Conselho Tutelar ou pelo Judiciário poderão responder por ilícito administrativo, observadas as garantias

processuais e procedimentais previstas nos artigos que vão de 194 a 197 do ECA.

Contudo, se os elementos do caso concreto mostrarem que a obesidade já acometeu significativamente a saúde da criança, ou que a falta de interesse dos pais é crônica e irremediável, a mera responsabilização nessa seara pode não ser bastante para assegurar a proteção do menor.

3.2.3 Responsabilidade na Esfera Penal

A responsabilidade criminal de pais negligentes e efetivamente culpados pela obesidade dos filhos é tema pouco (ou quase nada) explorado pela doutrina e pelo Judiciário brasileiros.

Cumprе suscitar, para comento, o caso já mencionado do pai que se insurgiu pela guarda da filha de nove anos, ao encontrá-la – depois de tê-la deixado uma temporada sob os cuidados da ex-mulher – com peso que superava em mais de 100% o adequado para uma pessoa de sua idade e estatura. Irresignado, ele também empreendeu a tentativa de registrar boletim de ocorrência para acusar a mãe da menina de ter permitido que ela engordasse tanto, mas teve o pedido negado pela autoridade policial sob o argumento de que a situação não está tipificada como crime na legislação brasileira.

É certo que o poder punitivo do Estado somente se revela legítimo se determinada ação ou omissão, e sua respectiva penalidade, estiverem previamente consignadas em lei. Diga-se, também, que uma das razões que conduzem o legislador a tipificar

determinado comportamento é a relevância do bem jurídico que se pretende proteger. De fato, prevalece o entendimento de que a incidência do Direito Penal, por ter o potencial de implicar consequências graves que atingem direitos fundamentais, é pertinente apenas quando realmente necessária à salvaguarda de bens jurídicos inquestionavelmente importantes (princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, que sustentam o Direito Penal Mínimo) (ROLAND, 2011 apud GRECO; TÓRTIMA, 2011).

Realmente, não há no Código Penal, na legislação menorista ou em qualquer lei esparsa, um tipo penal que descreva pontualmente, como preceito primário, a conduta de ter um filho obeso ou de deliberadamente ignorar um ganho de peso anormal da criança. No entanto, esse motivo não significa *per si* a assertiva que, por ausência de tipicidade, o Direito Penal jamais pode ser aplicado a casos de obesidade infantil.

É preciso, primeiramente, considerar que “tipicidade” não é sinônimo de “tipo penal”. Este é situado como um modelo abstrato que prescreve o comportamento proibido, desempenhando uma função particular. Aquela, segundo explica Bitencourt (2013, p. 267), é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. A título de exemplo, mencione-se que o Código Penal não informa expressamente que a venda de CDs e DVDs “piratas” configura a prática do delito

constante de seu artigo 184, § 2^o. No entanto, o STJ sumulou o entendimento no sentido da adequação típica dessa conduta³.

Com efeito, o artigo 136 do Código Penal prevê o tipo penal de maus-tratos, consistente na conduta de quem expuser

[...] a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina (BRASIL, 1940).

Trata de delito próprio, que tem como pressuposto de existência uma relação jurídica prévia entre sujeitos ativo e passivo. Só quem tem essa legitimação especial (de autoridade, ou de titular de guarda ou vigilância) pode cometer o crime (MIRABETE, 2005, p. 142). Assim, a vítima, por óbvio, só pode ser pessoa que esteja subordinada ao autor no lado oposto dessa relação, como um filho, tutelado ou curatelado, um aluno, um paciente internado, um empregado, um presidiário, etc. Cumpre

² *Código Penal*. “Art. 184 [...] §2º - Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente” (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003).

³ Enunciado nº 502 da Súmula do STJ: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”.

asseverar que a vítima subordinada ao agente para o fim de “*tratamento*” não é necessariamente a pessoa sujeita a cuidados de processo inerente a cura de doenças, mas também aquela que deve receber o provimento continuado das necessidades próprias à sua subsistência (HUNGRIA, 1958, p. 450).

Tal qual o conceito adotado pelo Direito Civil, a definição de maus-tratos que tem valor para o Direito Penal também admite que sua ocorrência se dê por condutas omissivas. Prova disso é o consagrado entendimento doutrinário segundo o qual o crime admite tentativa, desde que praticado em uma de suas formas comissivas (MASSON, 2011, p. 154). Vale memorar que as formas comissivas de maus-tratos traduzem-se na sujeição a trabalho excessivo ou inadequado bem como no abuso de meios de correção ou disciplina. A privação de alimentação ou de cuidados necessários representa uma forma omissiva, sobre a qual se tecerão algumas considerações.

Uma das evidências que se pode perceber sobre a vítima de maus-tratos por privação de alimentação é a desnutrição ou a magreza extrema, o que soa antagônico com um quadro de obesidade. Para que essa equivocada percepção seja desfeita, é preciso refletir sobre o significado e a significação de “alimentação”.

O nutrólogo argentino Pedro Escudero foi quem primeiro estabeleceu o conceito de “alimento” como “[...] toda substância que, incorporada ou não ao organismo, exerce nele *função de nutrição* [...]” (VASCONCELOS, 2010, grifo nosso). Por sua

vez, José Evangelista (2001, p. 20-23), na obra *Tecnologia de Alimentos* leciona que a alimentação tem direta conotação com o indivíduo, a quem “[...] deve atender nas suas necessidades orgânicas [...]”, em seus valores qualitativos e quantitativos. Observa que a alimentação normal é, pois, aquela que torna possível o crescimento, o aumento e a manutenção do peso e da estatura do homem, assim como aptidão para suas atividades de trabalho e boa disposição espiritual. Acrescenta que, em relação ao indivíduo, a alimentação segue as seguintes fases: a) atendimento das exigências mínimas do organismo, no que diz respeito aos nutrientes; b) adequação da alimentação; c) aceitabilidade dos alimentos; d) implantação da “consciência alimentar” através da educação nutricional; e) exclusão dos erros alimentares (EVANGELISTA, 2001, p. 20-23). Há também quem diga que os alimentos são produtos de composição complexa que, em estado natural, processados ou cozidos, são consumidos pelo homem para *satisfazer suas necessidades nutritivas* (ORDOÑEZ, 2005, p. 16-17).

Diante das definições apostas, questiona-se, com base na atitude de adultos negligentes que têm o hábito de servir a seus filhos lanches de redes de *fast food* a título de refeição e que não se impõem na escolha dos itens que constituem o cardápio da criança: é possível considerar que esses pais efetivamente oferecem alimentação a seus filhos? Tendo em vista que “comida” não é sinônimo de “alimento”, o qual pressupõe nutrientes para

um desenvolvimento normal, não seria esse tipo de costume uma forma de privar a criança de alimentação?

Não há como anuir que uma dieta à base de iguarias não nutritivas possa ser equiparada a alimentação. Qualquer pessoa que a adote, ainda que se torne obesa, estará invariavelmente acometida a algum tipo de desnutrição, em razão da carência de substâncias orgânicas que sejam efetivamente úteis à manutenção das atividades do corpo.

Para justificar a opinião aqui manifestada – de que a negligência parental quanto à alimentação que tenha como consequência a obesidade da criança pode sim ser enquadrada no crime de maus-tratos, uma vez que “*comida*” não se confunde com “*alimento*” –, menciona o entendimento pacífico adotado pela Justiça do Trabalho. Efetivamente, muitos patrões, donos de lanchonetes que comercializam *junk food*, vêm sendo condenados a indenizar seus empregados pelo fato de terem pago, em hambúrgueres, sanduíches e pizzas, o que era devido como valor para refeições.

Um sanduíche acompanhado de batatas fritas e refrigerante não constitui propriamente uma refeição. Tampouco uma lanchonete fast food pode ser confundida com um restaurante. Por isso, a Justiça do Trabalho de São Paulo condenou a rede de lanchonetes McDonald’s a reembolsar um ex-funcionário que recebia um sanduíche todo dia a título de refeição. A decisão é da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. A rede terá de indenizar o ex-funcionário com R\$ 5 por dia trabalhado na loja (ENGORDA, mas não alimenta, CONJUR..., 2006, grifo nosso).

Com efeito, a criança negligenciada, que engorda por não ter seus hábitos vigiados pelos pais e por não ser instruída, incentivada, ou simplesmente conduzida a fazer refeições saudáveis, é tão vítima de maus-tratos quanto aquela que, pelos mesmos motivos, emagrece. A despeito disso, ainda que não se admita a configuração de maus-tratos por privação de alimentos, a negligência parental em investigar os motivos que possam ter levado à obesidade do filho ou em providenciar o tratamento para restauração da saúde pode consistir na prática do delito pela privação dos cuidados necessários.

Segundo a melhor doutrina, privar de cuidados indispensáveis significa deixar de manejar as cautelas mínimas à preservação da vida ou da saúde da pessoa. Esses cuidados podem ser materiais, morais, afetivos, ou, relativos à idade, ao estado de saúde, às condições de tempo e local, entre outros. A criminalização da conduta se importa com os riscos que a ausência de tais cuidados pode concretamente acarretar, como privar o menor de higiene ou atendimento médico (BITENCOURT, 2013, p. 302).

Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2013, p. 148, grifo nosso) ensina que o delito ocorre quando “[...] a relação jurídica entre autor e vítima é violada pelo excesso no exercício dos poderes que dela derivam *ou pelo não cumprimento do dever de assistência*, o que expõe a perigo a vida ou a saúde do subordinado”. Compartilhando a mesma opinião, Fernando Galvão (2013, p. 229) confere ao sujeito ativo o atributo de “garantidor”. Aqui,

vale lembrar: a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento implica, primeiramente, o reconhecimento de que o menor não conhece inteiramente seus direitos, não tem condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo, ainda, capaz, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmo, suas necessidades básicas (CURY, 2010). Desta feita, um pai que, por negligência, priva o filho de alimentação ou dos cuidados necessários comete o mesmo crime que um outro pai, este violento, que, visando a educar o filho, excede-se nos castigos corporais.

O que se pode ter como tipicidade – que é a adequação entre o tipo penal do artigo 136 do CP e o contexto fático de negligência alimentar – está, portanto, demonstrado.

Em se tratando de um crime de perigo, o elemento subjetivo dos maus-tratos está restrito à consciência ou vontade de expor a vítima a grave e iminente perigo. A partir daí, é possível vislumbrar não apenas o dolo direto, mas também o eventual (BITENCOURT, 2013). Não há a intenção de causar lesão à vida ou saúde da vítima, mas a intenção, ou aceitação da possibilidade, de sujeitá-la ao risco criado.

Esclareça-se que o dolo de dano, que seria a pura intenção de atingir o resultado, importa o deslocamento da conduta para outro tipo penal, como o homicídio ou a lesão corporal, na forma tentada ou não (GILABERTE, 2006, p. 207). Dessa forma, os maus-tratos seriam a forma de execução e não o crime em si.

Justamente pelo fato de o dolo estar relacionado ao risco,

e não ao dano, é preciso que o perigo à vida ou à saúde da criança seja real e concreto. Logo, a tolerância com o consumo de doces, refrigerantes e frituras, ainda que habitual, não basta para a configuração do delito. Todavia, é suficiente a constatação clínica da obesidade ou da elevação de parâmetros que importem a periclitacão da saúde para que o crime esteja materializado, pois, ainda que não se prove que dali tenham sido desencadeados outros problemas de saúde ou danos irreparáveis (resultado), a obesidade, em si, já representa um risco real à criança.

Bitencourt (2013, p. 302) assevera que, além da vontade e da consciência de praticar o fato material, é indispensável a consciência do abuso cometido, cuja ausência afasta o dolo, levando ao erro de tipo. O risco de expor com a ação ou omissão deve estar presente na consciência do agente, que, apesar disso, realiza a conduta e acaba colocando efetivamente em perigo a vida ou a saúde de outrem.

Consequentemente, o pai que não tem disposição para incentivar o filho a incluir legumes e verduras na alimentação, e, mesmo sabendo que a criança precisa de nutrientes, acaba permitindo que ela consuma apenas os itens que lhe agradam, está incurso no tipo penal. Ainda que esse genitor atenda às necessidades materiais e afetivas e por mais que deseje ver o filho saudável, cometerá o crime se tiver consciência de que os hábitos alimentares são falhos.

Ademais, urge esclarecer que, para os maus-tratos espelhados pela privação de alimentação ou de cuidados

indispensáveis (omissão negligente), não há qualquer elemento subjetivo especial. O mesmo não pode ser afirmado quando o referido crime for cometido mediante abuso dos meios de correção ou disciplina, em que o *animus* de corrigir ou disciplinar configuram o especial fim de agir.

Com isso, não é preciso que a submissão da criança a uma dieta inadequada ou a abstenção quanto aos cuidados básicos se deem com o intuito de castigá-la. Basta que o aumento de peso alarmante tenha advindo de condutas negligentes, desatentas, indiferentes dos responsáveis, ou que, por atitude também assim qualificada, eles tenham deixado de dar importância ao sobrepeso da criança, omitindo-se em buscar tratamento ou auxílio.

4 Conclusão

Muitos esforços estão sendo empenhados no combate à obesidade infantil, mas o problema ainda não deu sinais de recuo. Constatou-se que, embora muitos fatores concorram ao agravamento da situação, o principal deles vem de dentro do lar e corresponde à falta de cuidados, fiscalização e autoridade dos pais.

A doutrina da proteção integral é um princípio constitucional dotado de força cogente e impõe obrigações ao poder público, à sociedade, à comunidade local e à família da criança e do adolescente. Os princípios a ele relacionados não são absolutos e não constituem um fim em si mesmo, são meios à consecução do melhor interesse do menor. Por essa razão, alguns direitos

dos pais, ou das próprias crianças, podem ser relativizados para sofrerem ponderação em prol de um bem maior.

O sistema de proteção ao menor não se restringe à Constituição e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, mas aplica-se a todo o ordenamento jurídico. Tendo em vista a pesquisa realizada e os elementos colhidos, conclui-se que a legislação brasileira admite a responsabilização de pais cuja negligência resulta, comprovadamente, na obesidade dos filhos.

Na esfera civil, deve-se tentar contornar o problema por meio de advertências ou de inclusão da família em programas de atendimento, de auxílio e de orientação, além, claro, da promoção de tratamento médico adequado à criança. Contudo, em situações extremamente excepcionais, nas quais as medidas mencionadas se mostrem inúteis, ou quando se observe absoluta falta de atitude ou interesse por parte dos pais, o menor deve ser afastado do lar ao menos temporariamente, para que sua saúde e vida sejam preservadas. A colocação em família substituta ou a entrega da guarda a um dos pais (em caso de guarda compartilhada) pode ser uma alternativa. Embora a medida de abrigamento não seja o ideal, dada a condição precária das instituições brasileiras de amparo ao menor, ela não pode ser liminarmente excluída quando nenhuma outra providência puder ser tomada, pois a vida e a saúde do menor devem ser preservadas a todo custo.

Na esfera administrativa, o ECA prevê imposição de multa a pais que descumprirem, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda

bem como de determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar. Vale ressaltar que a infração administrativa se aplica a casos de pouca gravidade, que prescindem de atuação mais enfática do poder público.

Na esfera penal, é possível vislumbrar o enquadramento da conduta de pais negligentes no tipo de maus-tratos, previsto ao artigo 136 do Código Penal. O crime admite cometimento na modalidade omissiva, por privação de alimentos ou de cuidados necessários.

O sentido de alimentação não se confunde com a mera ingestão de comida, uma vez que a alimentação sugere a obtenção dos nutrientes necessários ao desenvolvimento. Assim, o crime resta configurado no caso de pais que não oferecem aos filhos refeições saudáveis e equilibradas, pois a criança não tem aptidão para, sozinha, montar corretamente seu cardápio. Noutra mão, é cabível considerar que a privação de cuidados necessários também pode ser retratada pelo descaso dos pais para com a condição do filho que já se encontra obeso, sem investigar as causas do sobrepeso e/ou sem buscar tratamento e orientação.

E diga-se, por importante: a imputação em um dos âmbitos de responsabilização não exclui os demais. Desse modo, nada impede que o genitor denunciado pelo crime de maus-tratos possa também responder nas esferas administrativa e civil pela mesma conduta.

Title: Childhood Obesity and Parental Neglect: Legal Responsibility and Appropriate Act

Abstract: The article aims to analyze the responsibility of parents for the obesity of the children as an idea consistent with the constitutional doctrine of Integral Protection. Pointing parental neglect around diet and health of the children as a punishable offense in the civil and administrative spheres, and analyzing situations in which it could also be framing a criminal typical fact, value the solutions listed in the law, in order to suggest the most appropriate to each specific case.

Keywords: Childhood obesity. Integral protection. Right to family life. Best interests of children. Responsibility of parents.

Referências

AGUIAR, Gustavo. PL que proíbe alimentos gordurosos divide opiniões em escolas do DF. *Correio Braziliense*, 15 ago. 2013. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/ensino_educacaobasica/2013/08/15/ensino_educacaobasica_interna,382793/pl-que-proibe-alimentos-gordurosos-divide-opinioes-em-escolas-do-df.shtml>. Acesso em: 14 out. 2013.

ALFAIATE, Denise de Oliveira. Algumas considerações sobre a negligência: uma modalidade da violência doméstica contra crianças e adolescentes. In: GHESTI-GALVÃO, Ivânia (Org.). *Aplicação da lei em uma perspectiva interprofissional: direito, psicologia, psiquiatria, serviço social e ciências sociais na prática jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Luís Cláudio. Obesidade infantil preocupa distritais. *Câmara Legislativa do Distrito Federal*, 10 set. 2013. Disponível em: <http://www.cl.df.gov.br/ultimas-noticias/-/asset_publisher/IT0h/content/obesidade-infantil-preocupa-distritais;jsessionid=A0553B61AAFC012D0BB5A5533C6CF673.liferay2?redirect=http%3A%2F%2Fwww.cl.df.gov.br%2F>. Acesso em: 14 out. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2: dos crimes contra a pessoa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 nov. 1990.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

CARACIOLA, Andrea Boari (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: 20 anos*. São Paulo: LTR, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAZZAROLI, Aline Raquel. Publicidade Infantil: o estímulo ao consumo excessivo de alimentos. *Âmbito Jurídico*, 25 set. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10235>. Acesso em: 22 ago. 2013.

COLLUCCI, Cláudia. Análise: nos EUA, pais de criança obesa já são considerados negligentes. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 ago. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1134942-analise-nos-eua-pais-de-crianca-obesa-ja-sao-considerados-negligentes.shtml>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Mônica Barros et. al. Obesidade infantil: características em uma população atendida pelo programa de saúde da família. *Rev. APS, Juiz de Fora*, v. 14, n. 3, p. 283-288, dez. 2011. Disponível em: <www.seer.ufjf.br/index.php/aps/article/download/1037/505>. Acesso em: 22 ago. 2013.

CURY, Munir (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUSTOS de doenças ligadas à obesidade para o SUS. *Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade*

e da Síndrome Metabólica, 17 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.abeso.org.br/lenoticia/909/custos+de+doencas+ligadas+a+obesidade+para+o+sus.shtml>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

DARLAN, Siro. O direito à saúde e a obesidade infantil. *Blog do Siro Darlan*, 10 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdosirodarlan.com/?p=88>>. Acesso em: 14 out. 2013.

ENGORDA, mas não alimenta: sanduíche com refrigerante e batata frita não é refeição. *Consultor Jurídico – CONJUR*, 5 maio 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mai-05/sanduiche_refrigerante_batata_frita_ao_refeicao>. Acesso em: 22 nov. 2013.

EVANGELISTA, José. *Tecnologia de alimentos*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*: primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAURE, Gaëlle. Should parents of obese kids lose custody? Health and family. *Time*, 16 out. 2009. Disponível em: <<http://content.time.com/time/health/article/0,8599,1930772,00.html>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

FRAGNANI, Nathale Ethel. Bons hábitos começam com os pais. *Portal Nacional da Saúde – Unimed do Brasil*, 28 ago. 2013. Disponível em: <http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=49146&cd_secao=49141&cd_materia=349846>. Acesso em: 14 out. 2013.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GHESTI-GALVÃO, Ivânia (Org.). *Aplicação da lei em uma perspectiva interprofissional: direito, psicologia, psiquiatria, serviço social e ciências sociais na prática jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GILABERTE, Bruno. *Direito penal III: dos crimes contra a vida aos crimes contra o respeito aos mortos*. Rio de Janeiro: IOB Thomson, 2006.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MACHADO, Renata. Obesidade infantil: uma epidemia moderna. *Medicina em Goiás*, 26 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.medicinago.com.br/materia/625-obesidade-infantil-uma-epidemia-moderna>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: volume 2: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: v. 2, parte especial, arts. 121 a 234 do CP*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Renata. Crianças obesas superam desnutridas em programa social. *Hoje em dia – R7*, 13 maio 2013. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/minas/criancas-obesas-superam-desnutridas-em-programa-social-1.122677>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini; ROSA, Letícia Carla Baptista. Crianças e adolescentes negligenciados no âmbito familiar: uma violação ao princípio da paternidade responsável. *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*, 19 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d8ea5f53c1b1eb08>>. Acesso em: 14 out. 2013.

MONTEIRO, Maria Cláudia. Obesidade infantil: uma epidemia silenciosa. *Jornal de Notícias*, 15 nov. 2011. Disponível em: <http://www.jn.pt/Domingo/Interior.aspx?content_id=1420960&page=-1>. Acesso em: 19 ago. 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: volume 2: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Rizzato. Obesidade adulta e infantil, desinformação e direito do consumidor. *Tribuna do Direito*, 9 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tribunadodireito.com.br/blog-colunista.php?codColunista=920>>. Acesso em: 14 out. 2013.

ORDÓÑEZ, Juan A. (Org.). *Tecnologia de alimentos: v. 1 componentes dos alimentos e processos*. Porto Alegre: Artmed, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

PAI culpa mãe por obesidade do filho. *G1*, 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL10566-5598,00.html>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36-39.

PEREIRA, Tânia Maria Silva da. Cuidado no direito de família, infância e juventude. *Jornal Carta Forense*, 4 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/cuidado-no-direito-de-familia-infancia-e-juventude/10588>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

PERMISSIVIDADE dos pais contribui com a obesidade infantil. *G1 – Notícias do Pará*, 24 jun. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2012/06/permisividade-dos-pais-contribui-com-obesidade-infantil.html>>. Acesso em: 14 out. 2013.

POR UM LANCHE equilibrado. 26 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.cfn.org.br/eficiente/sites/cfn/pt-br/site.php?secao=nutricaoamidia&pub=1373>>. Acesso em: 12 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cfn.org.br/eficiente/sites/cfn/pt-br/site.php?secao=nutricaoamidia&pub=1373>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume 2 parte especial: artigos 121 a 249*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *O Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTIN, Wilhan. Pai denuncia ex por obesidade da filha. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 ago. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1134938-pai-denuncia-ex-por-obesidade-da-filha.shtml>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

SANTOS, Beth. Atividade física versus predisposição genética. *Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade e da Síndrome Metabólica – ABESO*, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://www.abeso.org.br/lenoticia/560/atividade-fisica-versus-predisposicao-genetica.shtml>>. Acesso em: 14 out. 2013.

SEMANA da Saúde orienta aproximadamente 600 crianças sobre obesidade infantil. 10 mar. 2012. Disponível em: <http://www.portalviva.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6701:semana-da-saude-orienta-aproximadamente-600-criancas-sobre-obesidade-infantil&catid=13:saude&Itemid=144>. Acesso em: 22 ago. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TUMAS, Rosana. Obesidade na criança e no adolescente. In: DELGADO, Arthur Figueiredo. *Nutrologia básica e avançada*. Barueri: Manole, 2010.

VARELLA, Dráuzio. Obesidade: mitos e fatos. *Dr. Dráuzio Varella – Site oficial*, 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://drauzioarella.com.br/obesidade/obesidade-mitos-e-fatos>>. Acesso em: 14 out. 2013.

VARELLA, Dráuzio. Olha o aviãozinho, meu filho! *Dr. Dráuzio Varella*, 7 abr. 2011. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/crianca-2/olha-o-aviao-zinho-meu-filho>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

VASCONCELOS, Francisco de Assis Guedes de. A ciência da nutrição em trânsito: da nutrição e dietética à nutrigenômica. *Revista de Nutrição*, Campinas, v. 23, n. 6, p. 935-945, ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-52732010000600001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 nov. 2013.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DEZAN, Carina da Costa. Obesidade infantil decorrente de negligência parental: responsabilização e medidas cabíveis. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 9, p. 213-266, 2015. Anual.

Submissão: 1/7/2015

Aceite: 28/10/2015

Homicídio Culposo de Trânsito, Embriaguez ao Volante e Princípio da Consunção

Roberto da Silva Freitas

Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ex-Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-Graduado em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Resumo: A presente pesquisa versa sobre a eventual relação entre o homicídio culposo de trânsito, a embriaguez ao volante e o princípio da consunção, ou, mais precisamente, sobre a aplicação concreta desse princípio pela jurisprudência às hipóteses em que o condutor de veículo automotor pratica homicídio culposo de trânsito embriagado. Nesse contexto, pretende-se, a partir da análise de casos concretos julgados pelos tribunais, atestar a correção, ou não, do entendimento judicial adotado, tendo em vista as premissas teóricas fixadas em torno do princípio da consunção. Para tanto, dividiu-se o trabalho em duas partes. A primeira fixa as diretrizes teóricas do princípio da consunção bem como o situará no contexto do concurso aparente de normas penais. A segunda procederá à análise de julgados nos quais a temática aqui proposta foi abordada.

Palavras-chave: Princípio da consunção. Homicídio culposo de trânsito. Embriaguez ao volante. Jurisprudência.

Sumário: Introdução. 1 O princípio da Consunção como Critério Apto à Solução dos Conflitos Aparentes de Normas Penais. 2 Diretrizes Teóricas do Princípio da Consunção. 3 Homicídio Culposo de Trânsito, Embriaguez ao Volante e Princípio da Consunção. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

Tema de grande interesse em Direito Penal, o conflito aparente de normas penais, com destaque para o princípio da

consunção, não está regulado por legislação específica, o que torna ainda mais trabalhosa a resolução dos casos concretos, que caracterizam, muitas vezes, verdadeiro nó górdio.

Nesse contexto, a escolha do tema – *homicídio culposo de trânsito, embriaguez ao volante e princípio da consunção* – justifica-se não apenas devido à riqueza com que ele pode ser abordado num trabalho de natureza científica, mas, principalmente, por causa da complexidade que circunda os casos práticos.

Não se desconhece que as ideias historicamente construídas em torno do princípio da consunção mostram-se válidas a solucionar os conflitos aparentes de normas penais, inclusive nos crimes de trânsito.

Porém, a questão que se coloca é: o princípio da consunção, com aplicação específica às hipóteses em que o agente que pratica homicídio culposo de trânsito também se encontrava embriagado na ocasião do infortúnio, tem sido corretamente utilizado pela jurisprudência? De modo mais específico e para o interesse central deste artigo: a jurisprudência tem sido fiel aos postulados científicos do princípio da consunção na problemática acima delimitada?

Eis, portanto, o problema central desta pesquisa.

Pretende-se, como objetivo geral, a partir da análise de casos concretos, aferir se a jurisprudência está sendo cientificamente fiel aos postulados do princípio da consunção na solução das antinomias aparentes, nos moldes delineados neste trabalho.

De maneira específica, e com vistas a atingir o objetivo geral da presente pesquisa, pretende-se:

- a) fixar as premissas teóricas em torno do princípio da consunção; e
- b) analisar casos concretos nos quais a jurisprudência tem aplicado o princípio da consunção, de modo a atestar a correção ou não da conclusão por ela adotada.

No desenvolvimento deste trabalho, o método de pesquisa a ser utilizado será o dedutivo, pois, a partir da análise das premissas teóricas fixadas em torno do princípio da consunção e dos casos concretos solucionados (geral), pretende-se chegar a uma conclusão puramente formal (particular), no sentido de atestar a correção, ou não, da solução dada pela jurisprudência ao caso por ela examinado.

O trabalho está dividido em duas partes. Num primeiro momento, será fixado o marco teórico do princípio da consunção, contextualizando-o no concurso aparente de normas penais, para, posteriormente, avançar no estudo do princípio da consunção, voltado, exclusivamente, para as hipóteses em que o agente, embriagado, pratica homicídio culposo de trânsito.

1 O Princípio da Consunção como Critério Apto à Solução dos Conflitos Aparentes de Normas Penais

O tipo penal é um modelo abstrato e conceitual que descreve um comportamento proibido ou o fato punível, de modo que, para cada conduta criminosa, previu-se um tipo penal. Nesse contexto,

o crime de homicídio encontra-se previsto no art. 121 do Código Penal, ao passo que o delito de furto está capitulado no art. 155 do mesmo Código.

Embora os tipos penais possuam autonomia e identidade própria, distinguindo-se um do outro, nada obsta que, em determinadas situações, “[...] um mesmo episódio encontre a possibilidade de ser captado, alcançado e subsumido por mais de um tipo legal delitivo, sem que, no entanto, todos se apliquem” (PEDROSO, 2010, p. 665). Trata-se do chamado conflito aparente de normas penais¹.

De fato, sendo o Direito Penal um conjunto harmônico e ordenado de normas (regras e princípios), não é juridicamente viável a aplicação de duas normas penais incriminadoras sobre um mesmo fato. Entendimento contrário conduziria a situações reprováveis, como, por exemplo, a dupla punição, no campo penal, de um mesmo fato (*bis in idem*).

Sobre o tema, Luiz Regis Prado leciona que:

[...] o concurso aparente de leis penais (segundo alguns, concurso ideal impróprio, concurso aparente de tipos) diz respeito à interpretação e aplicação da lei penal. Verifica-se na situação em que várias são aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, mas, na realidade, apenas uma tem incidência. Sendo assim,

¹ O concurso aparente de normas penais é também chamado de conflito aparente de normas penais, concurso aparente de normas coexistentes, conflito aparente de disposições penais, concurso fictício de leis, concorrência imprópria, concurso ideal impróprio, concurso impróprio de normas e concurso aparente de tipos (DAMÁSIO, 2013, p. 148).

não há verdadeiramente concurso ou conflito, mas tão somente aparência de concurso, visto que existe transgressão real de apenas uma lei penal, o que dá lugar também a um único delito (PRADO, 2011, p. 230).

Damásio de Jesus (2013, p. 149), ainda a propósito da inexistência de conflito real e efetivo, lembra que o conflito “[...] só seria real se a ordem jurídica não resolvesse a questão”.

O conflito, por ser de natureza aparente, deixa de existir ao fim do processo interpretativo. Trata-se, a toda evidência, de um problema que deve ser resolvido no campo da hermenêutica, e não na esfera de validade ou vigência da norma penal.

Por outro lado, o concurso autêntico de normas penais incriminadoras (ou concurso de crimes, nas modalidades concurso material, concurso formal e crime continuado) ocorre sempre que, para um ou mais fatos praticados, houver a incidência de duas ou mais normas penais de forma concreta.

Há dois pressupostos sem os quais não se pode falar em concurso aparente de leis penais: i) unidade de fato; ii) pluralidade de normas. Com efeito, só é possível aduzir conflito aparente de normas penais quando se estiver diante de um fato determinado, para o qual incidam, aparentemente, duas ou mais leis penais.

Nessa linha de argumentação, Marcelo Fortes Barbosa, em obra clássica sobre o tema objeto deste trabalho, enuncia que:

O problema do concurso de normas surge quando um mesmo fato realiza a previsão de duas ou mais normas. Podemos assim considerar pressupostos do concurso de normas em direito, de

um lado, a unidade de fato, de outro, a pluralidade de normas que lhe são aplicáveis (BARBOSA, 1976, p. 13).

Importa consignar que, para parcela da doutrina, essa unidade fática deve ser avaliada do ponto de vista jurídico, pois, em várias situações, há, no mundo fenomênico, uma pluralidade de fatos, mas, ainda assim, estar-se-á, no mundo jurídico, diante de uma situação de conflito aparente de normas penais. Sobre o tema, leciona Fernando de Almeida Pedroso:

Ad primum, e como se constata de alguns dos exemplos susopostos, não constitui a unidade de fato, como enfatizam alguns autores, pressupostos do conflito aparente de normas penais. Os fatos podem ser plúrimos (ex.: subtração de cheque, falsificação e desconto), porém submetidos a uma unidade preceptiva. Consequentemente, por unidade de fato há que se entender a unidade jurídica, e não a fenomênica (PEDROSO, 2010, p. 668).

Nesse mesmo contexto, Damásio de Jesus (2013, p. 158) fala “[...] em unidade simples e unidade complexa: na unidade simples existe um só comportamento. A unidade complexa é a aglutinação de comportamentos distintos que a lei disciplina como um só comportamento [...]”.

Realmente, há situações em que, mesmo havendo pluralidade de fatos no mundo real, eles devem ser tratados de forma unitária no plano jurídico, hipótese em que o tema será regulado pelas regras atinentes ao conflito aparente de normas penais. Em outras situações, haverá a incidência de mais de uma

norma penal incriminadora, e a situação deverá ser solucionada a partir da análise das normas atinentes ao concurso de crimes.

A doutrina enuncia princípios ou critérios por meio dos quais será possível concluir se a hipótese sob análise constituirá situação de concurso aparente de normas penais. Caso nenhum desses princípios tenha incidência na situação posta em análise, o caso será, inevitavelmente, de concurso de crimes, quando, então, haverá subsunção dos fatos a mais de uma norma penal, oportunidade em que todas deverão ser aplicadas.

Quanto ao número de critérios ou princípios necessários para a solução do concurso aparente de normas penais, há considerável divergência doutrinária. Marcelo Fortes Barbosa (1976, p. 69), contextualizando o tema, aduz que, apesar do número razoável de trabalhos sobre o assunto, a verdade é que nem mesmo quanto aos princípios que regem o concurso aparente de normas houve acordo entre os doutrinadores até os dias de hoje.

Entre os autores de linhagem pluralista, parece haver certo consenso na adoção dos princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção como soluções viáveis ao concurso aparente de normas penais. Nesse aspecto, Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 87) traz a informação de que Eugênio Raul Zaffaroni e, entre os juristas nacionais, Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt adotam os princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção. Na verdade, Nelson Hungria

também adotava o da alternatividade, já que esse princípio constava do seu Anteprojeto de Código Penal.

O Código Penal espanhol previu, expressamente,

[...] a aplicação da especialidade (art. 8º, 1ª), da subsidiariedade (art. 8º, 2ª) e da consunção (art. 8º, 3ª). Além disso, prescreve que no caso de não bastarem esses critérios para a solução do concurso, aplica-se unicamente o preceito penal de maior gravidade (art. 8º, 4ª), regra que a doutrina considera da alternatividade (COSTA, 2012, p. 42).

Diante dessas considerações, mostra-se inegável que o princípio da consunção é tido, pela generalidade dos autores pluralistas, como critério apto à solução dos conflitos aparentes de normas penais, inclusive nos crimes de trânsito.

Dentre os monistas, no Brasil, Marcelo Fortes Barbosa (apud Costa, 2012, p. 40) entende que a consunção se cuida do único critério de solução aplicável ao concurso aqui tratado e que a especialidade é tão somente um índice da consunção.

2 Diretrizes Teóricas do Princípio da Consunção

Embora a temática em torno do princípio da consunção seja uma das mais controversas do Direito Penal, as linhas seguintes farão uma abordagem do princípio tendo em vista o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, notadamente porque a análise de questões mais intrincadas a respeito do tema não se compatibiliza com os fins deste trabalho.

O princípio da consunção tem incidência nas hipóteses em que “[...] um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime” (FRAGOSO, 2004, p. 453). Em casos tais, aplica-se a máxima *lex consumens derogat legi consumptae*. O crime consumido é denominado, na doutrina alemã, de *fato tipicamente acompanhante*.

Damásio de Jesus, com a precisão que lhe é peculiar, discorre sobre o princípio da consunção nos seguintes termos:

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. *Lex consumens derogat legi consumptae* (JESUS, 2013, p. 155, grifo do autor).

Segundo leciona Cezar Roberto Bitencourt (2009, v. 1. p. 211), “[...] pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime”. Prossegue o citado autor enunciando que, “[...] na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de *minus e plus*, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração”.

No mesmo sentido, Assis Toledo entende que

[...] há, na lei penal, tipos mais abrangentes e tipos mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade) nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime [...] (TOLEDO, 2001, p. 52-53).

Aníbal Bruno dizia que

[...] o fato definido em uma lei ou disposição de lei pode estar compreendido no fato previsto em outra, de sentido mais amplo. Então, é essa disposição mais larga que vem aplicar-se à hipótese. É o princípio da consunção. Pode ocorrer isso quando o fato previsto em uma norma figura como elemento constitutivo do tipo delituoso definido em outra, conduta inicial, meio para realizá-lo ou parte do todo que ele representa [...] (BRUNO apud BITENCOURT, 2009, v. 1, p. 213).

Como bem esclarece José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 87), “a norma final – consuntiva – representa o grau máximo do delito, daí o princípio corrente: *major absorbet minorem*. A norma consumida – consunta – passa a ser uma fase de realização do crime final”.

Para ilustrar, Assis Toledo (2001) cita o exemplo da violação de domicílio (art. 150 do Código Penal), infração penal que tutela a liberdade individual, e do furto (art. 155 do Código Penal), crime cuja objetividade jurídica está na proteção do patrimônio. Esclarece o ilustrado professor que se, “[...] a violação de residência é o meio empregado para a consumação

do furto, a punição deste último crime absorve a punibilidade do primeiro”, já que

[...] a norma mais ampla, mais abrangente, do furto, ao incluir como um dos seus elementos essenciais a subtração, ou seja, o apossamento da coisa contra a vontade do dono, abrange a hipótese de penetração na residência, contra a vontade do dono, para o apossamento da coisa (TOLEDO, 2001, p. 53).

Da mesma forma, a lesão corporal que determina a morte é absorvida pelo homicídio, pois a consumação deste delito necessariamente depende de prévia lesão. Valendo-se da mesma linha de argumentação, o furto com rompimento de obstáculo deve absorver o crime de dano.

Também incidirá a consunção criminosa entre os delitos de denunciação caluniosa (art. 342 do Código Penal) e calúnia (art. 138), uma vez que o crime contra a honra constitui meio para a prática da infração penal contra a administração da justiça.

Nesse mesmo contexto, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de relação consuntiva entre o roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e o delito de porte ilegal de arma de fogo. Na ocasião, aduziu-se que:

[...] na hipótese dos autos, é de se reconhecer a aplicação do referido princípio, haja vista que os delitos de roubo majorado pelo concurso de pessoas tentado e o de porte ilegal de arma de fogo foram praticados no mesmo contexto fático, sendo que este último foi um meio empregado para a prática daquele (BRASIL, 2010).

Seguindo essas mesmas diretrizes, o Superior Tribunal de Justiça afastou a incidência do princípio da consunção entre os delitos de uso de documento falso e tráfico internacional de entorpecente ao singelo e jurídico fundamento de que o primeiro (uso de documento falso) não é meio necessário à consumação do segundo (tráfico internacional de entorpecente) (BRASIL, 2013).

A conclusão contida nos julgados citados é fiel às premissas científicas construídas em torno do princípio da consunção, na medida em que, na primeira hipótese, o porte ilegal de arma de fogo constituiu, de fato, meio necessário à consumação do roubo, ao passo que, na segunda situação, não havia qualquer relação de meio-fim entre o uso de documento falso e o tráfico ilícito de drogas.

Logo, o que definirá a incidência do princípio da consunção é a necessária relação de meio-fim entre os delitos sobre os quais se pretenda o reconhecimento da relação consuntiva.

Em outras palavras: o princípio da consunção será aplicável nas hipóteses em que um crime (o absorvido) é meio necessário ou normal à fase de preparação ou de execução de outro crime (o absorvente), ou, ainda, quando a conduta anterior é cometida com a mesma finalidade prática do crime absorvente (delito-fim).

Não se pode, nesse contexto, afirmar, de forma pura e simples, que, em face do princípio da consunção, o crime mais grave absorve o menos grave ou que o crime de dano absorve o crime de perigo. A consunção terá incidência quando o crime a ser absorvido for meio necessário ou fase normal de preparação

ou de execução de outro, podendo incidir, também, nas hipóteses de *antefactum* impunível, conforme adiante se demonstrará².

Diferentemente do que é sustentado por Andrei Zenkner Schmidt (2008, p. 106-107), a doutrina majoritária não reconhece a pluralidade de elementos subjetivos e a inexistência de relação de necessidade entre o crime absorvido e o crime absorvente como pressupostos de incidência do princípio da consunção.

Por outro lado, importa registrar que a aplicação do princípio da consunção não está condicionada à relação de gênero para espécie (princípio da especialidade), mas sim à de continente e conteúdo, de inteiro e fração, de *minus* e *plus*, fazendo com que a norma mais ampla absorva a proteção parcial que a outra menos abrangente objetiva.

Por isso, nada obsta que, na consunção, os bens jurídicos protegidos pelos crimes absorvente e absorvido sejam diversos. É o que se verifica, por exemplo, na falsidade documental praticada para fins de estelionato. Neste delito (o absorvente), tutela-se o patrimônio; naquele, a fé pública. A relação consuntiva, na hipótese, é expressamente reconhecida e admitida pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 17.

A propósito do tema, Cezar Roberto Bitencourt registra que:

² Embora parcela da doutrina entenda que não apenas o *antefactum*, mas, também, o *posfactum* impunível estão inseridos no contexto do princípio da consunção, sustentamos, neste trabalho, que apenas a primeira hipótese caracteriza verdadeira situação acobertada pela consunção.

Não nos convence o argumento de que é impossível a absorção quando se tratar de bens jurídicos distintos. [...] Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção. Inegavelmente – exemplificando – são diferentes os bens jurídicos tutelados na invasão de domicílio para a prática de furto, e, no entanto, somente o crime-fim (furto) é punido, como ocorre também na falsificação de documento para a prática de estelionato, não se punindo aquele, mas somente este (Súmula 17/STJ) (BITENCOURT, 2009, v. 1, p. 212).

E conclui:

Não é, por conseguinte, a diferença dos bens jurídicos tutelados e tampouco a disparidade de sanções cominadas, mas a razoável inserção na linha causal do crime final, com esgotamento do dano social no último e desejado crime, que faz as condutas serem tidas como únicas (consunção) e punindo-se somente o crime último da cadeia casual, que efetivamente orientou a conduta do agente (BITENCOURT, 2009, v. 1, p. 212-213).

Marcelo Fortes Barbosa também comunga desse entendimento:

Esta conceituação não foge muito da que procuramos dar ao tema, como já se viu, pois torna indiferente que os tipos resguardem ou não um mesmo bem jurídico, ainda que haja em contrário a opinião de Alimena que acredita que só se pode falar em concurso de leis quando haja violação de um só bem jurídico e a violação esteja prevista por várias disposições legais (BARBOSA, 1976, p. 90).

O Superior Tribunal de Justiça possui precedente nesse mesmo sentido:

PENAL. CRIMES DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E CAÇA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO RECONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ENTENDIMENTO EM SENTIDO CONTRÁRIO. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. O princípio da consunção pressupõe que seja um delito meio ou fase normal de execução do outro crime (crime fim), sendo que a proteção de bens jurídicos diversos e absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade não são motivos para, por si sós, impedirem a referida absorção. Precedentes.[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2012b).

José Cândido Carvalho Filho (2009, p. 86), ao discorrer sobre o fundamento do princípio da consunção, entende que o fundamento jurídico dessa relação consiste na regra do *non bis in idem*. De outra forma, ocorreria intolerável ofensa ao princípio da liberdade consagrado universalmente. Na sequência, o mencionado autor conclui dizendo que o princípio oferece auxílio à aplicação da pena, evitando a duplicidade de sua incidência (CARVALHO FILHO, 2009, p. 92).

Outros autores, porém, sustentam que, diferentemente do que se verifica com a especialidade, a regra da consunção não pretende evitar a dupla punição de um mesmo fato (*ne bis in idem*), até mesmo porque há, nela, uma pluralidade de fatos, cada qual enquadrável num tipo penal diverso, para os quais deve incidir tratamento jurídico unitário.

Por essa razão, Andrei Zenkner Schmidt (2008, p. 98) defende que o fundamento do princípio da consunção é a proporcionalidade entre os delitos praticados e a punição recebida, como forma de justificar a intervenção do Direito Penal.

Com efeito, se o castigo do fato acessório se satisfaz conjuntamente com o castigo do fato principal, não é razoável a dupla punição do agente. Deve o intérprete, em casos tais, tratar a pluralidade de fatos de forma juridicamente unitária, com vistas a evitar a imposição de reprimenda desproporcional.

Noutro aspecto, a questão que se coloca está em saber se, na consunção criminosa, é possível que o crime menos grave absorva o delito mais grave.

Embora a *quaestio* esteja cercada de controvérsia no seio doutrinário e jurisprudencial, não se descarta a possibilidade de, excepcionalmente, o crime menos grave absorver a infração penal mais grave, desde que esta seja meio necessário à consecução daquele.

Isso porque,

[...] não obstante pareça fisicamente impossível que o maior seja absorvido pelo menor, bem é de ver-se que, juridicamente, nem sempre o mesmo se verifica, desde que não haja desproporção clamorosa, gritante e de vulto entre a grandeza dos crimes. Por esse motivo, concordamos não estamos com o enunciado *major aberbet minorem* (ou *ubi major minus cessat*), quando nele exclusivamente se pretenda fulcrar e lastrear a consunção (PEDROSO, 2010, p. 674).

Em casos tais, devem-se privilegiar as premissas decorrentes da teoria finalista da ação, no sentido de que a ação humana é exercício de atividade finalista, isto é, um acontecimento finalístico, e não um acontecimento puramente causal. Conforme salienta Luís Greco (2013, p. 21), “[...] o finalismo passa a considerar a causalidade apenas a metade da teoria do tipo, o chamado tipo objetivo, reconhecendo, ao lado do tipo objetivo, um tipo subjetivo, que seria composto pela finalidade”.

Assim, importa analisar o elemento subjetivo da conduta do agente, de modo que, ainda que o crime querido seja menos grave, este absorverá a infração penal mais grave que constituir meio necessário ou fase normal de preparação daquele.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no REsp 1252305/MG, DJe de 14/9/2012, Rel. Ministro Jorge Mussi, reconheceu, de forma expressa, a possibilidade de a infração mais grave ser absorvida pela menos grave. Veja-se:

PENAL. CRIMES DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E CAÇA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO RECONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ENTENDIMENTO EM SENTIDO CONTRÁRIO. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. O princípio da consunção pressupõe que seja um delito meio ou fase normal de execução do outro crime (crime fim), sendo que a proteção de bens jurídicos diversos e absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade não são motivos para, por si sós, impedirem a referida absorção. Precedentes.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2012b).

Essa linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça é reforçada pelo enunciado da Súmula nº 17 dessa Corte, que admite a absorção do crime de falso pelo delito de estelionato quando a potencialidade lesiva daquela infração se exaurir nesta, *verbis*: “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

Dessa forma, o agente que falsificar documento público (art. 297 do Código Penal), com o fim exclusivo de cometer estelionato (art. 171, *caput*, do Código Penal), responderá apenas pelo delito de estelionato, para o qual a lei cominou penal de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, ao passo que, para o delito absorvido, a lei previu pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão. Conferir, a propósito do tema, o seguinte precedente:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.
ESTELIONATO, POSSE DE PORECHOS DE
FALSIFICAÇÃO E USO DE DOCUMENTO PÚBLICO
FALSO (CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FISCAIS).
TEORIA DA CONSUNÇÃO. LESÃO A PARTICULARES.
INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA.
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Considerando-se que os delitos relativos à falsificação de documento público constituem apenas o meio utilizado pelo agente para a consumação do estelionato (crime-fim), deve ser aplicada a teoria da consunção.

2. O simples fato do órgão expedidor das certidões falsificadas ser federal não atrai a competência para o Juízo suscitante, pois não houve efetivo prejuízo da União, suas autarquias ou empresas públicas, e sim das pessoas físicas destinatárias de aludidos documentos.

3. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo de Direito de Anchieta/ES, o suscitado (BRASIL, 2009a).

Ademais, o reconhecimento da impossibilidade de o crime menos grave absorver, em situações excepcionais, o crime mais grave, estaria a desconsiderar o fato de que as penas cominadas segundo as normas consuntivas e consumidas estão sujeitas ao vício de desproporção, fruto da falibilidade do processo legislativo (HORTA, 2007, p. 152).

São esses os fundamentos que justificam, em determinadas circunstâncias, que o delito de embriaguez ao volante, para o qual a lei cominou pena de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, seja absorvido pela lesão corporal culposa de trânsito, crime para o qual a lei cominou pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. É o típico caso em que o crime de perigo (embriaguez ao volante) foi apenado de forma mais severa que o delito de dano (lesão corporal culposa).

De toda sorte, se houver excessiva desproporcionalidade entre o crime menos grave (absorvente) e o crime mais grave (absorvido), não haverá como aplicar a consunção.

Finalmente, merece registro o fato de o princípio da consunção ser, entre aqueles inseridos no concurso aparente de normas penais, o que se encontra mais preso ao caso concreto, razão por que não deve encontrar solução apriorística ou em tese, como ocorre com o princípio da especialidade.

A doutrina especializada entende que, ao contrário da relação de especialidade, a relação de consunção não tem fundamento

lógico, mas exclusivamente valorativo e, portanto, não pode ser afirmada já em abstrato, mas apenas no caso concreto (HORTA, 2007, p. 148-149).

No contexto acima declinado, Andrei Zenkner Schmidt (2008, p. 92) diferencia *conflito aparente de tipos penais* de *conflito aparente de tipicidades*, aduzindo que, na primeira situação, estar-se-ia situado o princípio da especialidade, ao passo que o princípio da consunção estaria inserido na segunda hipótese.

Para o mencionado autor, em se tratando de *conflito aparente de tipos penais* (especialidade), o conflito dar-se-á no plano abstrato, sem que tenha havido verdadeiro conflito no plano do *dever-ser*.

Doutra banda, na hipótese de *conflito aparente de tipicidades* (consunção), o conflito se verifica no plano do *ser*, de modo que a colidência apenas passará a ser considerada aparente a partir de um critério de justiça eleito pelo legislador. Em outras palavras, o *conflito aparente de tipicidades* é solucionado a partir das circunstâncias do caso concreto, e não de forma abstrata e apriorística.

José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 87), seguindo o escólio de Eduardo Correia, também entende que só “[...] in concreto se pode afirmar, através da comparação dos bens jurídicos violados,” pela incidência do princípio da consunção.

Nessa linha, concluiu o citado autor:

Dos princípios estudados, a consunção é a que melhor se presta à casuística penal, sendo útil à solução de sua problemática. Exige do julgador uma investigação do fato concreto, das circunstâncias que o revestem e de suas relações de causa e efeito. Como temos mostrado, entre os princípios estudados, é o que mais preso está ao fato concreto. O auxílio que oferece à aplicação da pena, evitando a duplicidade de sua incidência, justifica sua inclusão no texto da parte geral, ou, pelo menos, em algumas hipóteses de sua parte especial (CARVALHO FILHO, 2009, p. 92).

Fundado nessas mesmas razões, Mezger (1958, p. 346), em alusão ao princípio da consunção, enunciava que “[...] la ley, que encierra ya en sí el desvalor delictivo de otra ley, excluye a ésta por razones valorativas.”

Em síntese: a conclusão apriorística e desvinculada dos dados fáticos do caso concreto não se coaduna com as diretrizes teóricas do princípio da consunção.

Finalmente, e ainda com vistas à fixação do marco teórico do princípio da consunção, indaga-se: qual a relação que se pode estabelecer entre esse princípio e crime complexo, crime progressivo, progressão criminosa, *antefactum* e *postfactum* impuníveis?

Primeiramente, registre-se que a noção de crime complexo está contida no art. 101 do Código Penal. Trata-se de hipótese na qual a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes autônomos. Exemplo sempre lembrado de crime complexo é o roubo, cujas

elementares típicas são constituídas por fatos que, isoladamente, constituem outros crimes: a) subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel (situação que, por si só, caracteriza o delito de furto, art. 155 do Código Penal); b) mediante violência (fato que pode caracterizar lesão corporal, art. 129 do Código Penal) ou grave ameaça (hipótese que pode ensejar a incidência do tipo penal do art. 147 do Código Penal).

Segundo Asuá (apud DAMÁSIO, 2013, p. 157), “o princípio da consunção é aplicável não só ao crime progressivo, mas também ao complexo”. Nessa linha, “existindo o crime complexo, o preceito típico que o inscreveu absorve, evidentemente, os preceitos típicos de outros crimes que o compuseram, motivo pelo qual é ele consuntivo no que atine com os demais” (PEDROSO, 2010, p. 675).

Damásio de Jesus (2013, p. 157), porém, contesta essa assertiva, aduzindo que “[...] os casos de crimes complexos se compreendem na relação de especialidade ou de subsidiariedade tácita, conforme hipótese.” Esse entendimento também é perfilhado por José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 89).

A razão parece estar com Damásio de Jesus. Tome-se como exemplo o roubo, típico crime complexo, em que uma de suas elementares caracteriza, por si só, delito autônomo de furto. Em casos tais, inexistente dúvida de que as normas que tipificam roubo e furto protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão, de modo que o fato somente será punido como furto se o agente, iniciado o *iter criminis*, não praticar

conduta mais grave caracterizadora do roubo. A situação, portanto, mais se aproxima da relação de subsidiariedade, podendo falar-se, também, em especialidade, notadamente para aqueles que, como Rogério Greco, reconhecem a inutilidade do princípio da subsidiariedade.

O crime progressivo, por sua vez, diz respeito à situação na qual o agente, para atingir determinado resultado, necessariamente pratica uma conduta inicial que produz um evento menos grave que aquele inicialmente visado. Impossível, por exemplo, que o agente pratique homicídio sem antes lesionar a vítima. A lesão corporal é o *minus*, ao passo que a morte é o *plus*.

No crime progressivo, denota-se uma sequência de crimes (relação de continência) que forma “[...] uma unidade jurídica por construção dogmática [...]” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 26). O delito menos grave é absorvido pelo delito mais grave, na medida em que há um *minus* (conduta inicial relativa ao crime meio) e um *plus* (resultado relativo ao crime-fim, visado pelo agente). Por essa razão, Carvalho Filho (2009, p. 89) afirmou que “[...] o assunto aqui tratado (consunção), reafirme-se, é próprio do crime progressivo.”

Fernando de Almeida Pedroso nos fornece outro exemplo em que fica clara a relação do princípio da consunção com o crime progressivo:

Vonibaldo, que é casado, deseja contrair novo casamento, sem que desfizesse o matrimônio precedente. E convola novas núpcias, declarando-se solteiro quando do processo de habilitação para

o casamento. Perpetra, assim, falsidade ideológica (art. 299) como meio para a consecução da bigamia (art. 235), razão pela qual este último crime, como tipo consuntivo, há de prevalecer e predominar sobre o anterior, absorvendo-o (PEDROSO, 2010, p. 672).

Essa mesma razão levou o Superior Tribunal de Justiça a editar o enunciado sumular nº 17, no sentido de que “[...] quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.” Ora, em sendo o falso o meio para prática do estelionato, nele se exaurindo, inexistente razão para deixar de considerar a absorção do *falsum* pelo crime patrimonial. A hipótese também é de crime progressivo.

Por outro lado, fala-se em progressão criminosa “[...] quando a hipótese que seria um crime progressivo se desvincula no tempo [...]” (JESUS, 2013, p. 158), isto é, o agente inicialmente dirige sua conduta à prática de uma determinada infração penal e, no mesmo *iter criminis*, decide por praticar crime mais grave.

O exemplo sempre lembrado de progressão criminosa é o do agente que, inicialmente, deseja ofender a integridade corporal de seu desafeto, mas, iniciada a execução da infração penal, decide matar a vítima e efetivamente o faz. Na situação proposta, em face das premissas preconizadas pelo princípio da consunção, o homicídio absorve a lesão corporal, que se caracteriza, a toda evidência, como *antefactum* impunível.

A despeito disso, corrente minoritária da doutrina entende que “o crime progressivo está relacionado ao princípio da

subsidiariedade, enquanto a progressão criminosa liga-se à consunção” (SCHMIDT, 2008, p. 118).

Noutra senda, Damásio de Jesus (2013, p. 155) estabeleceu que o princípio da consunção também teria incidência quando um fato definido por uma norma incriminadora “[...] constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime.” Nesse aspecto, o princípio da consunção guardaria íntima relação com o *postfactum* e *antefactum* impuníveis.

Na sequência de sua obra, o mencionado autor contextualiza o *postfactum* e *antefactum* impuníveis na consunção criminosa, aduzindo que:

Verifica-se o *antefactum* não punível quando uma conduta menos grave precede a uma mais grave como meio necessário ou normal de realização. A primeira é consumida pela segunda, em face do princípio *id quod plerumque accidit*. Para Grispigni, exige-se que haja ofensa ao mesmo bem jurídico e pertença ao mesmo sujeito. Em consequência da absorção, o antefato torna-se um indiferente penal. É o que ocorre no caso de o sujeito ter em seu poder “instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto” (LCP, art. 25) e, em seguida, praticar uma subtração punível. O detentor de chaves falsas ou gazuas, que se serve desses meios para praticar um furto, responde somente pela subtração, em que fica consumida a contravenção.

Existe *postfactum* impunível quando um fato posterior menos grave é praticado contra o mesmo bem jurídico e do mesmo sujeito, para utilização de um fato antecedente e mais, e disso para deste tirar proveito, mas sem causar outra ofensa. Assim, se após o furto o ladrão destrói a coisa subtraída, só responde pelo

furtum rei, e não pelo dano (CP, art. 163). Neste caso, a lesão ao interesse jurídico causada pela conduta precedente torna indiferente o crime de dano (JESUS, 2013, p. 158-159).

O Superior Tribunal de Justiça possui precedente na linha defendida por Damásio de Jesus:

[...] haverá a incidência do princípio da consunção (absorção) nas hipóteses em que a) um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime; ou b) nos casos de antefato ou pós-fato impuníveis (BRASIL, 2009b).

Cezar Roberto Bitencourt (2009, v. 1, p. 214), por sua vez, entende que a consunção criminosa só incidirá na hipótese de *postfactum* impunível.

Porém, em face das premissas sustentadas neste trabalho, entende-se que apenas a hipótese de *antefactum* impunível estaria alcançada pela absorção, porque, em casos tais, a conduta anterior impunível terá funcionado como meio necessário ou normal fase de preparação do crime-fim, ficando por ele absorvida. O antefato não punível é, a toda evidência, espécie de crime progressivo, circunstância que, conforme demonstrado alhures, justifica a aplicação do princípio da consunção.

Dessa forma, o porte ilegal de arma de fogo, quando admitida a sua absorção pelo crime de homicídio, será considerado antefato impunível. Da mesma forma, a aquisição de petrechos destinados à falsificação de moeda (BRASIL, 1940)³ será *antefactum* impunível

³ Cf. Art. 291 do Código Penal.

se o agente, valendo-se desses instrumentos, efetivamente vier a falsificar moeda (BRASIL, 1940)⁴.

O *posfactum* impunível não estaria alcançado pelo princípio da consunção na medida em que, sendo praticado após o fato principal, não se pode falar que ele constituiu meio necessário ou normal fase de preparação do crime-fim. Dessa forma, o *posfactum* ou será um indiferente penal, por razões de política criminal e de proporcionalidade na aplicação da pena, ou caracterizará hipótese de concurso real de crimes.

Tome-se como exemplo a situação na qual o agente, após subtrair um aparelho de telefonia celular de terceira pessoa, decide destruí-lo. Tais condutas caracterizam, em tese, os crimes do art. 155 (furto) e do art. 163 (dano), ambos do Código Penal. Não se pode, nesse contexto, falar que o dano foi meio necessário ou normal fase de execução do furto, até mesmo porque, do ponto de vista físico-temporal, isso não seria possível.

Em casos tais, a despeito da não incidência do princípio da consunção, nada obsta que, em face do princípio da proporcionalidade, decida-se punir apenas o primeiro fato, mais grave por excelência.

O agente que “[...] fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo utilizada, sem autorização do titular” (BRASIL, 1996)⁵, e, na sequência, “[...] expõe a venda”

⁴ Cf. Art. 289 do Código Penal.

⁵ Cf. Art. 183, I, da Lei nº 9.279/96.

esse produto,⁶ deverá ser punido apenas pela primeira conduta. Porém, o fundamento para tal medida não será a consunção do crime do art. 184, I, da Lei nº 9.279/96 pelo delito do art. 183, I, do mesmo Diploma Normativo, já que a última conduta há de ser considerada pós-fato impunível e, portanto, não alcançada pelo princípio da consunção.

Marcelo Fortes Barbosa, nessa linha, também considera que o *postfactum* impunível não possui relação com a consunção criminosa. Parte do pressuposto de que o *postfactum* é, na verdade, modalidade de crime exaurido que não interessa ao legislador punir por se tratar de acontecimento ordinário vinculado ao fato principal. Veja:

Por sua vez o chamado *post factum*, que resulta em não punibilidade, não pode ser considerado a não ser como forma de “crime exaurido”, onde o exaurimento se constitui em fato independente que não interessa ao legislador punir, por carência de relevância jurídica, em decorrência de se tratar de acontecimento ordinário *id quod plerunque accidit*, como assinala Roberto Lyra [...] (BARBOSA, 1976, p. 95).

Em suma: a questão do *postfactum* não punível há de ser resolvida ou pela aplicação, pura e simples, do princípio da proporcionalidade, pois a punição do fato anterior mais grave é suficiente para a repressão da conduta posterior menos grave, ou pelo reconhecimento de que a hipótese é de concurso real de crimes. Nunca, porém, se poderá falar em consunção criminosa.

⁶ Cf. Art. 184, I, da Lei nº 9.279/96.

O que ora se sustenta também é compatível com o entendimento de Silvio Ranieri (ano), citado por Damásio de Jesus (2013, p. 159).

3 Homicídio Culposo de Trânsito, Embriaguez ao Volante e Princípio da Consunção

O homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor está previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, *verbis*: “praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

Trata-se, a toda evidência, de crime de dano, cuja objetividade jurídica é a vida⁷, tendo como elementar especializante em relação ao homicídio culposo previsto no Código Penal (art. 121, § 3º) o fato de o autor encontrar-se, necessariamente, na condução do veículo automotor.

O delito de embriaguez ao volante, por sua vez, está capitulado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, nos seguintes termos:

⁷ Damásio de Jesus (2009, p. 13) trata de dois tipos de objetividade jurídica nos crimes de trânsito: “O objeto jurídico, na maior parte dos delitos tradicionais, pertence ao homem, à pessoa jurídica ou ao Estado. Nos delitos de trânsito, a objetividade jurídica principal pertence à coletividade (segurança do trânsito), sendo esse o seu traço marcante. Nada impede que se reconheça nesses delitos objetividade jurídica secundária, já que a norma penal, tutelando o interesse coletivo da segurança de trânsito, protege por via indireta interesses individuais, como a vida, a integridade, a saúde etc.”

Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, 2012a).

A infração penal atinente à embriaguez ao volante, que, na versão originária da Lei nº 9.503/1997, era de perigo concreto, passou a ser de perigo abstrato com a superveniência da Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, situação mantida com a Lei nº 12.760/2012. Dessa forma, consuma-se com o simples ato do agente de conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou qualquer outra substância de efeito análogo.

No delito de embriaguez ao volante, a objetividade é a incolumidade pública, a qual pode ser traduzida na segurança viária. Trata-se, pois, de delito que tutela bem jurídico supraindividual, em que o perigo à segurança no trânsito e, por consequência, à incolumidade pública, concretiza-se pelo só fato de o agente conduzir o veículo automotor após a ingestão de álcool ou substância de efeito análogo.

A propósito do tema, cite-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

A embriaguez ao volante é caracterizado como delito de perigo abstrato, bastando comprovar que o sujeito dirigia embriagado em via pública, não constando como elemento do tipo penal a

efetiva capacidade lesiva da conduta. A objetividade jurídica imediata é a segurança viária e, de forma indireta a incolumidade pública.

VI. Ordem denegada (BRASIL, 2011).

O Supremo Tribunal Federal, na mesma linha, entende que “[...] o crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante) é crime de perigo, cujo objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública e o sujeito passivo, a coletividade” (BRASL, 2003).

Fixadas essas premissas, a questão que se coloca é: o agente que, voluntariamente ingere bebida alcoólica, conduz veículo automotor e, na sequência, de forma culposa, pratica homicídio de trânsito incide nas penas dos delitos previstos no art. 302 e 306, ambos da Lei nº 9.503/1997, em concurso de crimes, ou, como consequência do princípio da consunção, responderá apenas pelo homicídio?

Para a questão proposta, Damásio de Jesus (2009, p. 179), após enunciar as três possíveis soluções para a problemática, entende que o “sujeito responde só pelo delito culposo, pois, se de um delito de mera conduta advém resultado naturalístico, o sujeito responde pelo delito material (homicídio culposo no trânsito)”.

Não há dúvida de que a solução dada por Damásio de Jesus, de natureza apriorística e fundada em premissas abstratas, mais se aproxima dos postulados do princípio da subsidiariedade quando enuncia que o crime de dano absorve o crime de perigo e de mera conduta.

Leonardo Schmitt de Bem adota igual solução em favor do princípio da subsidiariedade:

Os julgamentos relacionam os crimes de trânsito de homicídio culposo e de condução sob a influência de álcool. Entendo que os delitos descrevem violações relativas ao mesmo bem jurídico, isto é, à disponibilidade da vida humana, mas em níveis diferentes, julgando mais acertada a aplicação do princípio da subsidiariedade. O resultado prático, porém, é idêntico (BEM, 2013, p. 190-191).

Primeiramente, importa consignar que não nos convence a adoção do princípio da subsidiariedade para a solução de eventual concurso aparente de normas penais na situação proposta.

Isso porque apenas será possível falar em subsidiariedade na hipótese de diferentes normas protegerem o mesmo bem jurídico em fases, etapas ou graus diversos de agressão, de modo que “o legislador, ao punir a conduta da fase anterior, fá-lo com a condição de que o agente não incorra na punição posterior, mais grave, hipótese em que só esta última prevalece” (TOLEDO, 2001, p. 51).

A partir dessas premissas, mostra-se possível a conclusão no sentido de que não há relação de subsidiariedade entre o homicídio culposo de trânsito e a embriaguez ao volante, pois os tipos penais respectivos não tutelam o mesmo bem jurídico em fases, etapas ou graus diversos de agressão.

Com efeito, o homicídio culposo de trânsito tutela, em última análise, a vida, notadamente porque se trata de delito material e

de dano. A embriaguez ao volante, delito de perigo abstrato e de mera conduta, protege a incolumidade pública e visa, em última análise, garantir a segurança no trânsito sem que, com isso, tutele bem jurídico individualizado.

Afastada, pois, a aplicação do princípio da subsidiariedade, entende-se que, havendo concurso aparente de normas penais na problemática proposta, a solução há de ser encontrada no princípio da consunção. Se esse critério não tiver incidência no caso concreto, a hipótese será, por óbvio, de concurso de crimes e não de concurso aparente de normas penais, até porque o princípio da especialidade e da alternatividade não se aplicam à situação em análise.

O problema aqui proposto não merece solução apriorística, ou seja, sem que sejam analisados, detidamente, os dados fáticos e as circunstâncias do caso concreto. Isso porque, como demonstrado linhas atrás, a incidência do princípio da consunção depende de uma análise valorativa, já que o conflito (aparente), em casos, verifica-se no mundo do *ser*, e não do *dever-ser*. Por essa razão, José Cândido Carvalho Filho (2009, p. 92) afirmou que, “[...] entre os princípios estudados, é (a consunção) o que mais preso está ao fato concreto.”

Pois bem.

Há, no Superior Tribunal de Justiça, um precedente no qual a problemática foi enfrentada por aquele Sodalício. Na ocasião, decidiu-se que, “[...] no presente caso, o crime previsto no art. 302 da Lei 9.503/97, hipótese de homicídio culposo, absorve o crime

de embriaguez ao volante previsto no art. 306 do CTB, tendo em vista o princípio da consunção” (BRASIL, 2005, p. 462).

Da análise do inteiro teor do voto do eminente Ministro Relator, José Arnaldo da Fonseca, constatou-se que não foram analisadas as premissas teóricas construídas em torno princípio da consunção, tampouco foram declinadas as circunstâncias do caso concreto que fizeram com que o órgão julgador decidisse pela incidência, no particular, do princípio da consunção. Trata-se, ao que tudo indica, de *quaestio* decidida em tese, o que verdadeiramente não condiz com o princípio da consunção.

O problema maior, na nossa visão, não é a falta de fundamentação e aprofundamento teórico e fático da decisão, mas, sim, o fato de que esse julgado, sem fundamentação concreta, porque originário do órgão do Poder Judiciário encarregado de garantir a inteireza e a uniformidade interpretativa do direito federal infraconstitucional, servirá de *leading case* para outros julgados, criando, assim, um “círculo vicioso jurisprudencial.”

Esse *círculo vicioso* restou caracterizado, por exemplo, na Apelação Criminal nº 2009.003732-7, do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Acre, na qual o eminente Desembargador Relator, Francisco Praça, sem discorrer sobre as circunstâncias do caso concreto ou, mesmo, sobre as diretrizes teóricas do princípio da consunção, concluiu pela incidência do aludido princípio e, na sequência, citou o precedente da relatoria do eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca para fundamentar a sua decisão.

Para contextualizar o tema, segue emenda do acórdão do Eg. Tribunal de Justiça do Acre:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. LESÕES CORPORAIS CULPOSAS. CONCURSO FORMAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONCURSO MATERIAL. ABSOLVIÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ATENUANTE, CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO DELITO MENOS GRAVE PELO MAIS GRAVOSO (EMBRIAGUEZ PELO DE HOMICÍDIO CULPOSO). PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. I - Consubstanciado nos autos a autoria e materialidade delitivas, inviável a solução absolutória em favor do Apelante. II - Não considerada na composição da pena atenuante obrigatória, faz-se mister a redução da reprimenda. III - Em razão do princípio da consunção, o delito de homicídio culposo absorve o de embriaguez ao volante. IV - Provimento parcial do Apelo (ACRE, 2010).

E, também, trecho do voto do eminente Desembargador Relator:

[...] Considerando-se o princípio da consunção, tem-se que o crime mais gravoso (de dano) absorve o menos grave, no caso, o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, assim como o de lesões corporais culposas absorvem o de embriaguez ao volante, afastada, pois, neste caso, a apenação para este delito.

Assenta a jurisprudência a respeito: RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE TRÂNSITO.

HOMICÍDIO CULPOSO E EMBRIAGUEZ. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DO SURSIS. IMPOSSIBILIDADE.

No presente caso, o crime previsto no art. 302 da Lei nº 9.503/97, hipótese de homicídio culposo, absorve o crime de embriaguez ao volante previsto no art. 306 do CTB, tendo em vista o princípio da consunção. Recurso conhecido e parcialmente provido.[...] (BRASIL, 2005).

Boa parte dos precedentes originados das Cortes de Justiça locais não discrepa dessa situação. Conclui, de forma peremptória, pela absorção da embriaguez ao volante pelo homicídio de trânsito, sem qualquer vinculação às diretrizes do princípio da consumação ou aos dados fáticos do caso concreto. Muitos julgados, a exemplo do precedente do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Acre, resumem-se a citar outras decisões para fundamentar a sua conclusão.

Exatamente para evitar situações como essas é que neste trabalho se defende que a conclusão acerca da incidência do princípio da consunção, na problemática aqui proposta, ocorra a partir das circunstâncias do caso concreto aliadas à análise dos pressupostos teóricos, de rigor científico, construídos em torno do princípio em referência.

De toda forma, tem-se, como regra geral, que a embriaguez ao volante, porque não é meio necessário ou normal fase de preparação para a prática do homicídio culposo de trânsito, não será por este absorvida.

Para ser fiel aos postulados teóricos do princípio da consunção, a embriaguez ao volante só restará absorvida pelo homicídio culposo de trânsito se aquela situação (embriaguez) for o único elemento ensejador da culpa, elemento normativo imprescindível à caracterização do tipo penal do art. 302 da Lei nº 9.503/1997.

Com efeito, sendo a condução do veículo automotor sob a influência de álcool o fator a desencadear a situação de culpa e não sendo possível cindir a embriaguez da culpa necessária à consumação do homicídio, é inviável imputar ao agente a responsabilidade pelas duas condutas.

Nesse contexto, ganha relevância a análise das circunstâncias fáticas do caso e a forma como os fatos serão narrados na exordial acusatória pelo órgão de execução do Ministério Público.

À guisa de exemplo, cite-se a seguinte narrativa fática: “o denunciado agiu com imprudência, visto que conduziu o automóvel sob a influência de álcool (embriaguez), consoante revelou o teste de etilômetro”.

Essa narrativa indica que o único elemento caracterizador da culpa foi a embriaguez ao volante, de modo que a conclusão pela incidência do princípio da consunção, na hipótese em testilha, é inevitável.

Isso porque, em casos tais, a embriaguez ao volante terá funcionado como meio necessário à caracterização do crime-fim – o homicídio culposo –, traduzindo-se em sua elementar

normativa. Sem a embriaguez, não teria havido culpa, e, sem ela, a conduta praticada pelo agente seria um indiferente penal.

O castigo do fato acessório, na situação proposta, se satisfaz conjuntamente com o castigo do fato principal, não sendo razoável a dupla punição do agente. Em razão do princípio da proporcionalidade, o caso há de ser tratado de forma juridicamente unitária, a despeito da pluralidade de fatos no mundo fenomênico.

Foi esse o entendimento adotado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao apreciar questão semelhante no bojo da Apelação Crime Nº 70046884672, Primeira Câmara Criminal. Colhe-se do voto do eminente Desembargador Relator, Marcel Esquivel Hoppe, o seguinte excerto:

[...] Dessa forma, caracterizada a imprudência do denunciado pelo fato de ter ingerido bebida alcoólica, faz-se necessário reconhecer a aplicação do princípio da consunção, uma vez que o crime mais grave (homicídio) absorve o crime mais brando (embriaguez), por este último ser elemento integrativo do primeiro tipo penal [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

No mesmo sentido, no julgamento da Apelação Criminal nº 2009.053361-6, 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a Desembargadora Marli Mosimann Vargas, relatora do recurso, deixou consignado em seu voto que, um dos fundamentos para reconhecer a aplicação do princípio da consunção na hipótese em análise, foi o “[...] fato de o acusado estar dirigindo embriagado empregado como componente de imprudência e não como crime autônomo.”

Por outro lado, se as circunstâncias fáticas do caso indicarem que a culpa, na modalidade negligência, imprudência ou imperícia, não derivou, exclusivamente, do fato de o agente encontrar-se embriagado, sendo tais circunstâncias narradas e devidamente esclarecidas na denúncia, o caso é de concurso de crime e não de aplicação do princípio da consunção.

São os dados objetivos do fato que indicarão a situação concreta de culpa, desvinculada da embriaguez, que farão com que o agente responda pelo homicídio culposo de trânsito e pela embriaguez ao volante, em concurso material (art. 69 do Código Penal).

Veja-se, por exemplo, a situação fática narrada na Apelação Criminal nº 951133-1, do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Rel. Desembargador Naor R. de Macedo Neto: “[...] o acusado nitidamente deixou de cumprir com os deveres objetivos de cuidado que qualquer condutor de veículo automotor tem obrigação legal (a de parar o veículo no canteiro central e dar preferência a quem trafega pela via)”. Foi exatamente nesses termos que o membro do Ministério Público subscritor da denúncia narrou os fatos e, por isso, sustentou a tese de concurso de crimes.

O Eg. Tribunal de Justiça local concluiu, no mencionado caso, pela incidência do princípio da consunção, ao fundamento de que a “embriaguez ao volante constituiu meio à ocorrência do homicídio culposo e da lesão corporal culposa no trânsito e que os referidos delitos ocorreram em um mesmo contexto temporal, em

progressão criminosa (trecho do voto eminente Desembargador Relator)”.
Ora, se a denúncia narra uma situação fática, efetivamente comprovada ao longo da instrução, que caracteriza a culpa independentemente da embriaguez ao volante (exemplo: excesso de velocidade, transitar pela contramão da via, deixar de observar a indicação de semáforo vermelho etc), não se pode falar em absorção da embriaguez pelo homicídio de trânsito, ante a nítida e evidente autonomia entre as condutas, cada qual caracterizadora de uma infração penal.

De fato, no exato instante em que o agente, após ingerir bebida alcoólica, conduz veículo automotor, consumado estará o delito capitulado no art. 306 da Lei nº 9.503/1997, uma vez que, nesse momento, a segurança viária, ainda que potencialmente, foi afetada. Se, na sequência, de forma culposa, agindo com negligência, imprudência ou imperícia (não consubstanciadas na própria embriaguez), pratica homicídio na direção de veículo automotor, o caso é de concurso de crime e não de concurso aparente de normas penais.

Ainda a título de exemplo, imagine a hipótese na qual o agente que, em situação de embriaguez voluntária, presta-se a conduzir veículo automotor de categoria diversa para a qual ele está habilitado. A culpa, em tal caso, não terá derivado da embriaguez ao volante, mas, sim, da eventual imperícia com que conduziu o veículo automotor. Nessa situação, é mais que

evidente a desvinculação da conduta culposa da embriaguez ao volante.

Outro dado objetivo que se revela capaz de cindir a culpa da embriaguez ao volante é o nível de embriaguez do agente. Na fase de euforia da embriaguez, é provável que determinadas pessoas ainda tenham plena consciência dos seus atos, de modo que, em situações como essa, se o agente se propõe a conduzir veículo automotor pela contramão e/ou em excesso de velocidade, é evidente que a conduta culposa não terá decorrido da embriaguez.

Em outras situações, como, por exemplo, nas hipóteses de embriaguez letárgica, a culpa pode derivar da situação de embriaguez. Imagine, pois, a situação do agente que, após ingerir considerável quantidade de bebida alcoólica, propõe-se a conduzir veículo automotor, dorme ao volante e atropela um pedestre, matando-o.

O Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal nº 0009456-69.2009.8.26.0224, Relator Desembargador Newton Neves, adotou o posicionamento que ora se sustenta, concluindo pela existência de concurso real de crime entre a embriaguez ao volante e o homicídio culposo.

O mesmo Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação Criminal nº 0002046-43.2009.8.26.0358, Rel. Desembargador Mário Devienne Ferraz, também concluiu pela existência de concurso material entre a embriaguez ao volante e o homicídio culposo de trânsito, uma vez que, na hipótese analisada, o condutor,

além de embriagado, transitava em velocidade excessiva, o que, por si só, já caracterizaria a culpa.

O que determinará, portanto, a absorção da embriaguez ao volante pelo homicídio culposo de trânsito é o nexo de dependência entre as duas condutas, que ocorrerá sempre que a embriaguez for o único elemento caracterizador da culpa. Nessa situação, restará claro que a embriaguez ao volante terá sido meio necessário à prática do homicídio culposo, já que se traduzirá em sua elementar normativa.

Sob outro viés, a independência entre as condutas (embriaguez ao volante e a prática do homicídio culposo) fará com que o agente responda por duas infrações penais, não havendo razão, de ordem fática ou jurídica, para falar-se em aplicação do princípio da consunção.

Embora apreciando caso em que a embriaguez ao volante fora utilizada para a caracterização do dolo eventual no homicídio doloso cometido na direção de veículo automotor, o Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios adotou a mesma linha de raciocínio que ora se sustenta para a embriaguez ao volante e o homicídio culposo de trânsito. Veja a ementa do julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICÍDIO SIMPLES. EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR E SEM HABILITAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. PRINCÍPIO

DA CONSUNÇÃO. VICÍO INSANÁVEL. NULIDADE ABSOLUTA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. PROCESSO ANULADO DESDE A PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PREVALÊNCIA DO VOTO MINORITÁRIO.

1. Se para caracterizar o crime de homicídio doloso levou-se em conta o dolo eventual, uma vez que o réu dirigiu sob os efeitos do álcool, não se pode condená-lo também pelo crime de embriaguez ao volante, em obediência ao princípio do *ne bis in idem*. [...]

3. Embargos infringentes conhecidos e providos (DISTRITO FEDERAL, 2012 p 80).

Observe que as conclusões aqui lançadas estão em consonância com os postulados teóricos do princípio da consunção, inclusive no que tange à necessidade de uma análise valorativa dos casos, a fim de permitir a conclusão pela incidência, ou não, do princípio em estudo.

4 Conclusão

O princípio da consunção, um dos critérios aceitos pela quase generalidade da doutrina, é válido para solução das antinomias aparentes de normas penais, inclusive nos crimes regulados pela Lei nº 9.503/1997 (crimes de trânsito).

No que tange à aplicação do princípio da consunção, pela jurisprudência, à problemática proposta nesta pesquisa, nem sempre as decisões são fiéis aos postulados científicos e teóricos do princípio em referência.

Aferiu-se que, por vezes, deixa-se de proceder a uma análise valorativa e voltada para as circunstâncias do caso

concreto, providências essenciais à correta aplicação do princípio da consunção. Com efeito, não se pode decidir pela aplicação do princípio da consunção no plano puramente teórico, uma vez que o conflito aparente, em se tratando de consunção, opera-se no plano do ser e não do dever-ser.

Serão as circunstâncias do caso concreto que indicarão se a embriaguez ao volante constituiu meio necessário à caracterização do homicídio culposo de trânsito, de modo que a conclusão apriorística, quer no sentido de absorção, quer no sentido de não absorção, não se compactua com as diretrizes decorrentes do princípio da consunção.

Em sendo a embriaguez ao volante o único elemento caracterizador da situação de culpa, traduzindo-se na elementar normativa do homicídio culposo de trânsito, não se poderá negar a aplicação do princípio da consunção, pois, em última análise, a embriaguez terá sido meio necessário à caracterização do homicídio ou lesão corporal culposos de trânsito. Punir o agente pelo crime de dano e pela embriaguez ao volante, em casos tais, implicaria em indesejável *bis in idem*.

Noutra vertente, constatada a autonomia entre as condutas, notadamente porque a embriaguez ao volante não fora utilizada como elementar normativa do homicídio culposo de trânsito, a hipótese será de concurso real de crimes.

Title: Vehicular Manslaughter, Drunk Driving and the Principle of Absorption

Abstract: This research discourses about the possible relation of the vehicular manslaughter, drunk driving and the principle of absorption, or, more precisely, on the concrete application of this principle in the case law to cases in which the driver practices vehicular manslaughter in traffic while he is driving drunk. In this context, it intends, from the analysis of actual cases tried by the courts, to attest the correctness or (otherwise) of the adopted judicial interpretation, given the theoretical premises set around the principle of absorption. Therefore, the work was divided into two parts. The first one will establish the theoretical guidelines of the principle of absorption, as well as situate it in the context of a apparent concurrence of criminal norms. The second one shall proceed to the analysis of court sentences which deal with the theme proposed here.

Keywords: Principle of absorption. Vehicular manslaughter. Drunk driving. Jurisprudence.

Referências

ACRE. Tribunal de Justiça. Apelação criminal (detenção) 20090037327 AC 2009.003732-7. Apelante: Gustavo Melo Prado de Aguiar. Relator: Des. Francisco Praça. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Rio Branco, 10 jun. 2010.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 maio 1996.

BRASIL. Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial nº 1252305/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, Brasília, DF, 4 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 14 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 101.389. Processo nº 2008/0263749-0 ES, 3ª Seção. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 11 fev. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 27 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 56.097/MG. Relator: Ministro Og Fernandes, 6ª turma, Brasília, DF, 17 nov. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 7 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 138.530/SP. Relator: Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, Brasília, DF, 2 fev. 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 3 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 166.117/RJ. Relator: Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, Brasília, DF, 3 maio 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 1 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 179.519/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, Brasília, DF, 18 dez. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 1 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 629.087/MG. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 7 maio 2005. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 9 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 17*. Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, e por este absorvido. Brasília, DF, 28 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=545>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus nº 82517, Ceará. Relatora: Ministra Ellen Gracie,

1ª Turma, Brasília, DF, 10 dez. 2002. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 21 fev. 2003.

CARVALHO FILHO, José Cândido de. *Concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos infringentes criminais nº 20080510074982EIR, Câmara Criminal. Relator: Humberto Adjuto Ulhôa. Revisor: João Batista Teixeira. Brasília, DF, 17 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 9 nov. 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualização de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

JESUS, Damásio de. *Crimes de Trânsito: anotações à parte criminal do Código de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1958.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Apelação Criminal nº 951133-1*. Relator: Desembargador Naor R. de Macedo Neto. Curitiba, 10 maio 2013. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Conflito aparente de normas penais. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Direito Penal: parte geral 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 665-686. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2).

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de justiça. *Apelação crime nº 70046884672*. Relator: Marcel Esquivel Hoppe. Porto Alegre, 9 maio 2012. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Porto Alegre, 17 maio 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação criminal nº 2009.053361-6*. Apelante: Orcelides da Silva dos Santos. Apelada: A Justiça, por seu Promotor. Relatora: Marli Mosimann Vargas. Florianópolis, 10 ago 2010.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 56, n. 365, p. 85-120, mar. 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREITAS, Roberto da Silva. Homicídio culposo de trânsito, embriaguez ao volante e princípio da consunção. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 267-316, 2015. Anual.

Submissão: 6/4/15

Aceite: 18/8/15

Acolhimentos de Mulheres em Situação de Violência Doméstica no MPDFT: uma Perspectiva Psicossocial

Izis Morais Lopes dos Reis

Assistente social, doutoranda em Antropologia Social pela Universidade de Brasília (PPGAS/UnB). Atualmente lotada na Assessoria Técnica de Violência Doméstica, na Casa da Mulher Brasileira.

Cristina Aguiar Lara Brasil

Assistente Social, chefe do Setor de Análise Psicossocial da Coordenadoria de Promotorias de Justiça de Taguatinga.

Resumo: Ao longo dos últimos anos, a equipe psicossocial do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios passou a criar e avaliar formas de intervenção em situações de violência doméstica nas Coordenadorias de Promotorias de Justiça em cada Região Administrativa. O artigo descreve a atuação das equipes desde a formulação do projeto-piloto de descentralização e discute as bases teórico-metodológicas dos acolhimentos de mulheres em situação de violência doméstica realizados pelas equipes. Apresenta-se o que pensam os profissionais sobre as atividades desenvolvidas e discute-se sobre como esse procedimento pode ter uma multiplicidade de funções: desde a coleta de dados e produção analítica para assessoria à atividade jurídica até a busca por consolidar diferentes projetos societários.

Palavras-chave: Equipe psicossocial. Violência contra mulheres. Abordagens teórico-metodológicas. Justiça.

Sumário: Introdução. 1 Metodologia. 2 O Projeto-Piloto e as Táticas Profissionais para Atendimento às Mulheres em Situação de Violência. 3 Acolhimentos de Mulheres em Situação de Violência Doméstica no MPDFT Atualmente. 4 Considerações Finais. Referências.

Introdução

Ao longo dos últimos 10 anos, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) tem reconhecido a importância da atuação multi e/ou interdisciplinar dentro de seu espaço institucional. Isso acarretou a inserção, por exemplo, de profissionais de Psicologia e de Serviço Social às estruturas formais do Órgão, compondo assessoria às Procuradorias e às Promotorias de Justiça. Desde 2009, houve incremento na equipe psicossocial e, entre 2011 e 2013, essa atividade passou a ser realizada de modo descentralizado, diretamente nas Coordenadorias de Promotorias de Justiça das Regiões Administrativas do Distrito Federal, consolidando o que atualmente são chamados Setores de Análise Psicossocial (Setps).

Esses Setores de Análise Psicossocial são frutos de uma história iniciada ainda em 2009, mas formalizada em março de 2011, com a instauração do Projeto-Piloto: Apoio Técnico às Atividades Jurídicas. Criado com a Portaria Normativa nº 153/2011, da Procuradoria-Geral de Justiça do MPDFT, o projeto tinha como objetivo rever, melhor estruturar e validar as ações “procedimentos de perícia, atendimento psicossocial e acompanhamento de medidas alternativas” no Órgão.

Já nessa portaria constava a necessidade de “[...] dar maior atenção e definir os limites e as ações dentro do MPDFT, na área de perícia psicossocial, no que se refere ao acolhimento e ao atendimento dos envolvidos em delitos de violência doméstica” (DISTRITO FEDERAL, 2011a). Isso gerou, na equipe

responsável pelo projeto-piloto, a necessidade de criar estratégias e procedimentos de atendimento de mulheres em situação de violência doméstica que chegassem até as promotorias de justiça. Isso porque, antes desse projeto, mulheres e homens envolvidos em procedimentos/processos judiciais de violência doméstica eram atendidos por técnicos administrativos e estagiários de Psicologia lotados nos Setores de Acompanhamento e Controle de Medidas Alternativas (Sema).

Esses servidores públicos não especializados e os estagiários realizavam *acolhimentos*, ou seja, entrevistas breves. Porém, o trabalho de estagiários de Psicologia, no MPDFT, na maior parte das Promotorias de Justiça, era realizado sem supervisão cotidiana, ou seja, sem vínculo direto com psicólogo(a) no local. Eles tinham acesso a um profissional da área algumas vezes por mês, em encontros face a face, ou recebiam supervisão remota, por outros meios comunicacionais, como telefone e *e-mail*.

A função desses estudantes era: entrevistar *partes* em um procedimento judicial, avaliar situação de violência e riscos de novos episódios e sugerir encaminhamentos para a rede de atendimento. Nas promotorias, esses encaminhamentos comumente eram para serviços de Psicologia de faculdades ou para algum serviço de saúde mental. Após a entrevista pontual, único contato que estagiários tinham com aquelas pessoas, eles redigiam relatórios que eram, então, corrigidos por servidores que não necessariamente tinham formação na área da Psicologia.

Modificar essa organização da atenção dada às mulheres em

situação de violência doméstica foi um dos objetivos da alteração na estrutura da Secretaria Executiva Psicossocial (SEPS) do MPDFT. A chamada descentralização, ou seja, implantação dos Setores de Análise nas Coordenadorias de Promotorias de Justiça das Regiões Administrativas do DF deu-se após projeto-piloto realizado na cidade de Santa Maria – DF, em 2011. Um dos objetivos da expansão dos Setores foi agregar os atendimentos relacionados à violência doméstica, até aquele momento concentrados nos Setores de Controle e Acompanhamento de Medidas Alternativas (Semas), como exposto alguns parágrafos acima.

Ao longo dos últimos anos, as equipes psicossociais descentralizadas passaram a pensar e a modificar os acolhimentos e os outros procedimentos técnicos para atendimento de mulheres em situação de violência doméstica de acordo com a realidade local. Isso quer dizer que cada equipe desenvolveu estratégias para atender às demandas de cada local, que são diferentes, embora todas tenham similar construção:

- a) há necessidade de atender aquilo que promotoras e promotores de justiça esperam (inclusive para instruir um procedimento ou processo judicial);
- b) há necessidade de escuta atenta às necessidades das mulheres em contato com os profissionais;
- c) há expectativa e necessidade de consolidar objetivos profissionais dispostos nos códigos de ética e nas leis de regulamentação das profissões de assistente social e de psicólogo.

Diante disso, é sabido que as demandas aos Setores de Análise Psicossociais e os temas com que se deparam são variados, mas analisar situações de violência doméstica contra mulheres (crianças, adolescentes e adultas) é parte cotidiana do trabalho. Esse artigo tem como objetivo apresentar e discutir o procedimento chamado de *acolhimento de mulheres em situação de violência doméstica* no MPDFT. Para isso, apresenta-se a história desse procedimento técnico após ser incorporado pela equipe psicossocial do órgão e discute-se como, atualmente, os acolhimentos têm acontecido nas Coordenadorias de Promotorias de Justiça.

O artigo dá enfoque à atuação em situações de violência contra mulheres em decorrência da importância da Lei Maria da Penha na consolidação do trabalho psicossocial no MPDFT. Os processos judiciais referentes à violência contra mulheres também são mais expressivos em quase todos os Setores de Análise Psicossocial do Órgão. De acordo com o Setor de Consolidação de Informações Psicossociais (SETCOIP), em 2014, foram realizados 1054 acolhimentos individuais de mulheres e 143 acolhimentos coletivos (com a participação de 625 mulheres) em todas as Coordenadorias de Promotorias de Justiça.

Tabela 1 – Acolhimentos de mulheres vítimas de violência doméstica

Acolhimentos	Quantidade
Individuais	1054
Coletivos	143
Mulheres participantes dos acolhimentos coletivos	625

Fonte: SETCOIP/MPDFT.

O foco estará no debate sobre o acolhimento como uma abordagem teórico-metodológica para o trabalho com o tema da violência doméstica que atinge mulheres. Apresenta-se o que pensam profissionais sobre as atividades desenvolvidas e discute-se sobre como esse procedimento pode ter uma multiplicidade de funções: desde a coleta e produção analítica de dados para assessoria à atividade jurídica até a busca pela consolidação de diferentes projetos societários.

1 Metodologia

Esse artigo é baseado em método misto de coleta de dados. Por um lado, há análise documental do projeto-piloto desenvolvido em Santa Maria e do relatório de avaliação final desse projeto. Esse relatório foi elaborado pela equipe do extinto Setor de Estudos Macrossociais (SETMAC/SEPS) e do, à época, Serviço de Perícia Psicossocial (que depois passou a se chamar Setor de Perícia Psicossocial e, atualmente, é Setor de Análise

Psicossocial). Esse documento contém descrição das atividades desenvolvidas ao longo do ano de 2011 na Coordenadoria de Promotorias onde aconteceu o projeto embrionário, aponta os sucessos e as falhas e propõe como o trabalho psicossocial deveria ocorrer daquele ponto em diante.

Também serão analisados dois outros documentos produzidos pelo Setor de Perícia Psicossocial de Santa Maria. O primeiro, datado de março de 2012, fez duas propostas para contribuir “[...] para maior efetividade do trabalho” (DISTRITO FEDERAL, 2012a, p. 1): a) desenvolver pesquisa social sobre acesso da população de Santa Maria às políticas públicas da localidade; b) acolhimento coletivo de mulheres em situação de violência doméstica. O segundo documento, datado de junho de 2012 é um relatório de avaliação das atividades desenvolvidas dentro das duas propostas acima.

Como a maior parte dos Setores de Análise Psicossocial descentralizados foram criados a partir de 2013, esses documentos mostram a trajetória dos acolhimentos de mulheres que sofreram violências, mas não são capazes de ilustrar a realidade atual. Com isso em mente, as autoras aplicaram questionário aberto, com cinco questões, para todos os chefes dos setores. As perguntas foram: 1. Qual objetivo dos acolhimentos de mulheres em situação de violência doméstica? 2. Qual o modelo preferido para realização do acolhimento: individual ou coletivo? 3. Quais os critérios de distinção? 4. Qual a periodicidade dos acolhimentos?

5. Quais os desafios enfrentados pela equipe no que diz respeito aos acolhimentos?

O questionário aberto, um dos métodos para coleta de dados em uma pesquisa qualitativa, teve como objetivo mapear as diferenças e as afinações entre as equipes acerca do trabalho desenvolvido por elas no que tange à violência doméstica. Dentre os 12 setores que utilizam acolhimento de mulheres (cabe dizer que o SETPS localizado do edifício-sede do MPDFT não realiza acolhimentos), somente um não respondeu às perguntas. Isso significa que cerca de 92% dos setores responderam ao questionário, o que permite um mapeamento quase total dos procedimentos de acolhimento realizados no DF.

O presente artigo segue a proposta de Suely Deslandes (1997) de refletir sobre as escolhas teóricas e metodológicas antes da avaliação propriamente dita. A autora critica as avaliações que desconsideram algo que ela observa como anterior: reconhecer que a objetividade da técnica é discutível quando relacionada às escolhas dos pesquisadores/interventores. Ou seja, não significa dizer que a avaliação de políticas, programas e serviços seja desnecessária. Ao contrário, avaliar é elemento “estratégico e viabilizador” (DESLANDES, 1997, p. 104) da transformação social. Entretanto, avaliar eficácia, efetividade e eficiência não deve ser o único objetivo das análises sobre práticas estatais, para que não se incorra no erro de automatizar ou “fetichizar” a técnica como se fosse independente da teoria e da metodologia adotadas pelos agentes de Estado.

Não se pretende nesse artigo avaliar os efeitos produzidos pelos acolhimentos coletivos ou individuais realizados pelas equipes psicossociais, tendo em vista que para isso precisaria de outra pesquisa, com métodos diferenciados. O artigo aqui apresentado tem como fundamento a certeza de que há relevância na produção e na circulação dos conhecimentos produzidos pelas equipes psicossociais, assim como na exposição de como as intervenções psicossociais se relacionam com seleções de abordagens teóricas e metodológicas. Propõe-se, portanto, a apresentar aquilo que é anterior e, talvez, concomitante, à avaliação: a história e os aspectos sociais, culturais, econômicos e macro e micro políticos envolvidos na criação e no desenvolvimento de atividades técnicas e de intervenção na realidade – métodos e conteúdos (DEMO, 1986).

2 O Projeto-Piloto e as Táticas Profissionais para Atendimento às Mulheres em Situação de Violência

Pode-se dizer que o projeto-piloto de apoio às atividades jurídicas em Santa Maria – DF foi fruto da união de várias forças em movimento à época. Por um lado, havia a demanda da Coordenadoria de Promotorias de Justiça daquela cidade, que em 2010 já havia solicitado o trabalho de profissionais de Psicologia e de Serviço Social para assessoria diretamente no local. De outro lado, havia a articulação da equipe da Secretaria Executiva Psicossocial (Seps) para construção de um trabalho que pudesse:

- a) ser replicado em outras regiões administrativas do Distrito Federal;

- b) ser referência para a consolidação de formas e de significados específicos da assessoria psicossocial dentro do Ministério Público do DF e Territórios;
- c) resolver situação considerada, pela equipe, como inadequada: a atuação de estagiários de Psicologia, vinculados aos Semas, sem supervisão direta presentes nas Coordenadorias Administrativas de Promotorias de Justiça. E havia ainda o interesse da direção do MPDFT de ter um mínimo de uniformidade no atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica nas diversas Coordenadorias de Promotorias existentes e que esse atendimento fosse realizado de forma mais capacitada.

A equipe da Seps era formada, no início de 2011, por dois técnicos administrativos, oito assistentes sociais e uma psicóloga, e era papel dessas profissionais atender às demandas de todas as Procuradorias e Promotorias de Justiça do Distrito Federal que desejassem suporte psicossocial às atividades jurídicas. Isso significava não só a impossibilidade de atender todos os lugares e todos os temas com que porventura o MPDFT se deparasse e pudesse ser foco de atuação dessas profissionais, mas também impedimento a que todas as Coordenadorias de Promotorias de Justiça tivessem profissionais dessas áreas lotados nas Regiões Administrativas. O projeto-piloto pode ser considerado como um passo para dar visibilidade à assessoria psicossocial e às possibilidades trazidas pela interseção multidisciplinar na Justiça. Foi a oportunidade para iniciar a construção do modelo para a descentralização da atividade psicossocial no MPDFT.

De acordo com o Relatório Gerencial sobre o projeto-piloto em Santa Maria – DF, a equipe inicial no local foi composta por uma analista de Saúde/Serviço Social, uma técnica administrativa e três estagiários (nível médio, Serviço Social e Psicologia). Essa configuração durou até julho de 2011, quando analistas de Saúde/Psicologia foram convocadas por concurso público e uma psicóloga foi designada para trabalhar no projeto. Ainda de acordo com esse Relatório, as seguintes atividades foram desenvolvidas entre março e novembro de 2011:

Perícia Psicossocial: realização de estudos sociais e psicológicos com a finalidade de subsidiar a atuação dos promotores de justiça nos processos.

Acompanhamento e Controle de Tutela e Curatela: consiste no cadastramento de informações relativas aos processos de Interdição no programa virtual de Tutela e Curatela, com o objetivo de subsidiar o acompanhamento das Promotorias de Família na fiscalização do exercício das Curatelas e Tutelas.

Acolhimento em situações de violência doméstica: realização de entrevistas com as mulheres vítimas de violência doméstica, antes da primeira audiência, com os objetivos de: oferecer um espaço de escuta, identificar os fatores de risco e proteção existentes no contexto sócio-familiar bem como fornecer informações sobre os direitos previstos na Lei 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha), rede de serviços existentes referentes a violência doméstica e esclarecimento de dúvidas sobre os trâmites processuais, entre outros. Após o acolhimento é elaborado um relatório técnico que tem como objetivo subsidiar a atuação dos promotores de justiça nos processos de violência doméstica.

Acolhimento em Entorpecentes: realização de uma intervenção mensal, por meio de palestras ou entrevistas individuais, com o objetivo de promover informações afetas à dependência química, bem como sobre tratamentos disponíveis no Distrito Federal.

Articulação da rede social de Santa Maria. Com esta proposta, o SERPS apresenta como objetivo cooperar na organização e articulação dos serviços governamentais e não-governamentais existentes em Santa Maria. Tal proposta prevê ainda o mapeamento da rede de serviços de Santa Maria, fomentar um fórum da rede local, detectar ausências ou falhas de serviços públicos e realizar um banco de dados sobre as instituições locais (DISTRITO FEDERAL, 2011b, p. 2).

As perícias psicossociais já eram realizadas pelas profissionais na Secretaria Executiva Psicossocial, em diferentes temas. O objetivo desses estudos era (e é) “[...] desnaturalizar e desmistificar situações apresentadas em processos ou queixas realizadas ao Ministério Público” (ÁLVARES et al, 2012, p. 255). De acordo com artigo das profissionais do local: “[...] as análises realizadas possibilitam tratamento de dados e produção de conhecimentos [para] subsidiar atuação do MP em sua função de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis”. A base teórica e metodológica da equipe era “[...] conhecer o indivíduo naquilo que é específico como naquilo que é manifestação da sociedade” (ÁLVARES et al, 2012, p. 255).

As outras atividades desenvolvidas possuíam reflexões teóricas e metodológicas menos desenvolvidas à época, já que a perícia era o carro-chefe da assessoria psicossocial no MPDFT. Na verdade, parece inadequado falar sobre reflexões mais ou menos

desenvolvidas ou consolidações teórico-metodológicas diante de um trabalho tão recente no Ministério Público do DF e Territórios. As atividades de assessoria psicossocial só foram iniciadas nesse órgão há 13 anos, por meio da Portaria nº 52, de 30 de janeiro de 2002, que criou o Núcleo de Perícia Social (NUPES).

Se levarmos em consideração que a atividade psicossocial forense no Tribunal de Justiça do DF e Territórios existe pelo menos desde 1984 (sem levar em conta a diversidade de temas/enfoques da assessoria no Judiciário), a equipe do MPDFT é 18 anos mais nova do que a existente no TJDF. O adendo é necessário para que possamos avançar: o desafio técnico e científico é estar em permanente reflexão sobre as realidades mutáveis. Mas algumas referências mais sólidas são conquistadas com o tempo dedicado a pensar sobre os processos de trabalho – algo que a equipe do MPDFT só há pouco pode dizer que tem.

Dito isso, retoma-se a discussão sobre as atividades propostas no projeto-piloto implementado na Coordenadoria de Promotorias de Justiça de Santa Maria. Se a atividade pericial já era reconhecida por promotores e promotoras de Justiça, assim como pela equipe psicossocial, como atividade relevante de assessoria nos procedimentos e processos judiciais que chegavam até o MPDFT, outras atividades ainda não estavam no escopo da equipe especializada antes de 2011.

Por exemplo, os acolhimentos de mulheres em situação de violência doméstica eram realizados pelos estagiários dos Semas – supervisionados de forma central, à época, pelo Setor

de Gerenciamento de Violência Doméstica e Maus-Tratos, da Secretaria Executiva de Medidas Alternativas (Cema). Essa foi uma alternativa pensada por promotores e promotoras de Justiça para compreender a complexidade das relações conjugais e familiares que criam terreno para violência doméstica contra mulheres.

Essa forma de trabalhar com o tema da violência que atinge mulheres começou a sofrer resistências de pelo menos duas ordens dentro de MPDFT, entre 2010 e 2011:

- a) a crítica de que a contratação de estagiários poderia estar sendo usada como estratégia institucional para não convocar profissionais de nível superior para atividades que requeriam formação específica. Ou seja, havia uma crítica à precarização e à flexibilização das relações trabalhistas (BOSCHETTI, 2011) na prática de contratação de estagiários — sem vínculo empregatício, sem estabilidade ou benefícios sociais ligados ao trabalho no mercado formal. Essa discussão parecia ser mais proeminente entre assistentes sociais, já que as análises sobre as relações entre Capital e Trabalho são fundantes da profissão. De fato, nas Coordenadorias de Promotorias de Justiça, não existiam estagiários de Serviço Social, pois de acordo com a Resolução nº 533, de 29 de março de 2008, o Conselho Federal de Serviço Social proibiu a contratação de estagiários sem a presença de um supervisor direto;

b) Os Setores de Controle e Acompanhamento de Medidas Alternativas (Semas) foram criados após a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a função de assessorar promotores e promotoras de Justiça nas “[...] indicações das medidas alternativas mais apropriadas, fazer o *acompanhamento* de como essas medidas se desenvolvem, e sugerir instituições onde os autores de fatos delituosos poderão cumpri-las e os tipos de prestação que estes últimos deverão executar” (DISTRITO FEDERAL, 2015, grifo do autor). O objetivo dos Semas é trabalhar contra o encarceramento, responsabilizar sem o recurso da prisão e, ainda, proporcionar *inclusão social*, por meio de trabalho comunitário em entidades e órgãos próximos à residência da pessoa autora do crime ou da contravenção penal (CONHECENDO..., 2015, grifo do autor). Entretanto, a Lei nº 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006, em seu artigo 41, proibiu o uso dos recursos da Lei nº 9.099/1995 nos crimes que se referem à violência doméstica contra mulheres. A desarticulação entre dispositivos legais se mostrava mais aparente com a presença de estagiários lotados nos setores de medidas alternativas para atender homens e mulheres em situação de violência e a vinculação dos Semas ao que está colocado na Lei nº 9.099/1995. E isso causava desconforto aos membros e aos servidores do MPDFT.

Diante desses dois problemas institucionais, o projeto-piloto de implementação do serviço de assessoramento psicossocial incorporou a atividade de acolhimento de mulheres que sofreram

violência doméstica. A análise de contextos sociofamiliares, de situação de risco de novos episódios de violências domésticas, além da avaliação sobre o impacto negativo em crianças, adolescentes ou outras pessoas que poderiam estar vulneráveis às agressões passou a ser responsabilidade de analistas com formação em Serviço Social e/ou Psicologia.

Inicialmente, foi proposto pelo Órgão que a equipe psicossocial desse continuidade ao trabalho que antes era realizado pelos estagiários de psicologia, ou seja, que se mantivessem os acolhimentos a homens e mulheres envolvidos em uma ocorrência de violência doméstica, e foi apresentado o instrumental utilizado pelos Semas até então. Assim, tomou-se como ponto de partida a experiência dos acolhimentos que já ocorriam na maioria das Coordenadorias de Promotorias de Justiça.

A equipe psicossocial iniciava uma aproximação com o referido trabalho, pois até então não tinha contato próximo com a realidade e a rotina das promotorias descentralizadas, nem com situações de violência doméstica logo após o registro de ocorrência policial. Até aquele momento o contato com a temática era por meio de solicitações de perícia psicossocial, principalmente as das Promotorias de Justiça de Ceilândia. Essas solicitações normalmente ocorriam após a adoção das medidas judiciais para avaliar se as mulheres continuavam vivendo situações de violência após o processo.

Ressalta-se que diante deste contexto de mudanças que foram provocadas com a promulgação da Lei Maria da Penha,

por exigir uma atuação diferente das que estavam vigentes tanto das instituições quanto dos profissionais, não havia, por parte da instituição, nem da equipe psicossocial, um projeto de trabalho já pensado ou definido acerca da atuação com essa temática. Isso permitiu autonomia à equipe envolvida no projeto-piloto para propor novas formas de se trabalhar com as situações de violência doméstica, entre elas destaca-se o acolhimento coletivo.

A conjuntura exposta também é importante para compreender as constantes reflexões, avaliações e mudanças na rotina do trabalho tanto durante o projeto-piloto quanto após a ampliação da descentralização das equipes psicossociais para as Coordenadorias de Promotorias de Justiça. Reflexões que ocorrem de forma permanente até o presente momento. Nesse período de quatro anos houve significativas mudanças no trabalho das equipes psicossociais, que incorporaram atribuições antes não exercidas e participaram de mudanças significativas do MPDFT, em sua atuação nas situações de violência doméstica – tanto devido ao expressivo aumento de ocorrências e denúncias quanto pelo fato da criação de promotorias especializadas na temática de violência doméstica.

Nesse sentido, durante o projeto-piloto avaliou-se que o acolhimento no âmbito do Ministério Público traria maiores contribuições para a atuação do Órgão se ocorresse logo após o registro da ocorrência policial por parte da mulher. Mas, entendeu-se também que o atendimento dos homens, nesse mesmo momento, por parte do Ministério Público, poderia ferir os direitos

deles enquanto partes do processo judicial. Considerando que atuação ministerial teria como objetivo garantir a implementação da Lei Maria da Penha e das políticas públicas de proteção à mulher, optou-se por não mais realizar os acolhimentos dos homens, ou seja, a atuação da equipe psicossocial do MPDFT passou a ser voltada apenas para as mulheres em situação de violência doméstica.

Durante o projeto-piloto, elaborou-se um instrumental que busca identificar o perfil socioeconômico das mulheres atendidas, além dos históricos de vida, de relacionamento e de violência doméstica sofrida. Também foi incorporado ao relatório técnico confeccionado após os acolhimentos um espaço de análise do profissional acerca da situação de violência vivenciada pela mulher. Com a criação de outras equipes psicossociais descentralizadas, o instrumental utilizado nos acolhimentos e o formato do relatório podem ter incorporado novos elementos e podem ter ocorrido algumas mudanças de acordo com a discussão realizada pela equipe local e a realidade do cotidiano de trabalho. Contudo, os elementos para realizar uma análise técnica, embasada teórica e metodologicamente, da situação de violência, assim como a prioridade por se realizar os acolhimentos no início do processo judicial e o atendimento apenas das mulheres vítimas de violência doméstica parecem permanecer como diretrizes do trabalho realizado pelas equipes.

Em 2011, a ideia era que as mulheres fossem atendidas individualmente para que cada uma tivesse a oportunidade de

contar sua história de relacionamento, sua experiência com a violência, para que fosse possível realizar algumas intervenções e informar sobre o funcionamento do Poder Judiciário em casos relacionados à Lei Maria da Penha. Também eram abordadas, nesses atendimentos, questões que tocam às relações de gênero, relações de poder e violência como fruto de desigualdades. Encaminhamentos para a rede pública de atendimento eram oferecidos de acordo com a necessidade e o perfil de cada mulher e de cada família. A proposta era que o acesso aos serviços de saúde, de assistência social e de prevenção e acompanhamento às situações de violência fossem viabilizados.

Mas, de acordo com o Relatório Gerencial sobre o projeto-piloto, entre março e novembro de 2011, o serviço de assessoramento psicossocial recebeu 336 pedidos de abertura de prontuários para acolhimento. Antes do serviço se estabelecer, o Sema tinha 13 processos judiciais ainda sem análise. Ou seja, em oito meses, as duas profissionais do projeto-piloto tinham carga de trabalho de 349 procedimentos e processos judiciais sobre violência contra mulheres para analisar. Ao final do período, a equipe tinha conseguido atender 49,4% da demanda recebida.

A quantidade de trabalho continuou grande com o tempo de instalação da assessoria em Santa Maria – DF. Entre janeiro e março de 2012, a equipe recebeu 111 pedidos para acolhimento de mulheres em situação de violência doméstica. Ou seja, em cada mês de 2012, a equipe abriu 37 prontuários para atendimento de mulheres. Ao pensar na demanda reprimida – processos de 2011

em 2012 ainda para atendimento – as duas analistas de saúde lá lotadas propuseram um formato diferente para o acolhimento já realizado. De acordo com projeto apresentado pelo Setor de Perícia Psicossocial, em março de 2012, era “inviável [...] realizar acolhimento individual em todas as situações de violência doméstica encaminhadas ao Setor” (DISTRITO FEDERAL, 2012a, p. 5).

A proposição emergente foi a criação e a implementação dos *acolhimentos coletivos*. A proposta era de que, mensalmente, 30 mulheres fossem chamadas para esse procedimento. De acordo com o projeto, os seguintes requisitos deveriam ser cumpridos para a convocação para essa atividade: “quando não há registro de boletins de ocorrência anteriores e quando não ocorreram situações de agressões físicas ou sexuais” (DISTRITO FEDERAL, 2012a, p. 5). O projeto de março de 2012 afirma que atendimentos individuais seriam oferecidos às mulheres que assim preferissem e que o acolhimento individualizado seria mantido com “[...] mulheres que já registraram boletim de ocorrência anteriormente, relataram ter sofrido agressões físicas e/ou sexuais e em situações que promotores demandarem acolhimento individual” (DISTRITO FEDERAL, 2012a, p. 6).

O enfoque do procedimento em formato coletivo era preventivo “[...] de novas situações de violência e informativo acerca das relações de gênero e dos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica” (DISTRITO FEDERAL, 2012a, p. 5). Além disso, “[...] esclarecerá dúvidas a respeito do processo

judicial, das medidas protetivas e sobre a rede de atendimento em Santa Maria e no Distrito Federal”. Também havia a preocupação de oferecer, durante o grupo, inserção em acompanhamentos especializados de médio e longo prazo em serviços do Núcleo de Atendimento às Famílias e aos Autores de Violência Doméstica (NAFAVD, vinculado à Secretaria da Mulher, em 2012) e de verificar necessidade de atendimento jurídico e encaminhamento para o projeto de assistência jurídica das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social (UPIS) disponível no Fórum de Santa Maria naquele ano.

É possível observar que, à época, a equipe propunha um teste, pois não sabia quais seriam os resultados ou como as mulheres em situação de violência se sentiriam falando sobre o tema em um grupo e, portanto, restringiram o acolhimento coletivo a algumas situações específicas. A proposta era propiciar “[...] eficiência e qualidade ao trabalho desenvolvido pela unidade” (DISTRITO FEDERAL, 2012a, p. 6) e pretendia, principalmente, dar conta da demanda considerada alta pela equipe local.

Os acolhimentos coletivos tiveram início em março de 2012 e, em junho do mesmo ano, o Setor de Perícia Psicossocial de Santa Maria elaborou relatório de avaliação de atividades onde constavam resultados da implementação desse procedimento. Entre março e junho foram realizados sete acolhimentos coletivos com participação de um total de 72 mulheres. Em junho de 2012, o setor havia recebido 228 pedidos de acolhimento de mulheres,

além de desarquivado 30 prontuários antigos, o que totalizava 258 prontuários sobre o tema.

Do total de prontuários para avaliação da situação de mulheres, 106 acolhimentos individuais foram realizados no período em comparação com os 72 pedidos atendidos em acolhimentos coletivos. Isso quer dizer que 27,9% da demanda do semestre havia sido absorvida pelo novo procedimento técnico, em quatro meses de implementação. A maior parte dos atendimentos manteve o perfil individual (41% dos acolhimentos realizados até aquele momento).

O mais interessante do relatório de avaliação de junho de 2012 não são os dados referentes à relação entre demanda, finalização dos atendimentos e confecção de relatórios técnicos. Se a proposta se vinculava especificamente à tentativa de dar celeridade ao trabalho do setor, é no relatório de avaliação que a parte qualitativa do procedimento técnico aparece. Nele, as profissionais descreveram as tentativas realizadas, os acertos obtidos e os problemas identificados na construção do acolhimento coletivo.

Por exemplo, o relatório descreve que o primeiro acolhimento coletivo, realizado em março de 2012, contou com a presença de 16 mulheres e foi realizado somente com as profissionais e os estagiários do Setor de Perícias Psicossociais de Santa Maria (Setps). Naquele momento, a equipe avaliou a experiência como de êxito “[...] principalmente pela reflexão acerca das relações de

gênero e da violência doméstica que foi possível realizar com as mulheres” (DISTRITO FEDERAL, 2012b, p. 4).

Os três acolhimentos seguintes foram organizados em formato diferente do adotado no primeiro procedimento, o que demonstra o caráter autoavaliativo da equipe quanto aos formatos do procedimento técnico. Nesses três acolhimentos, além da equipe do Setps Santa Maria, estavam presentes profissionais do NAFVD e professores e estudantes de Direito da Faculdade UPIS, que prestava atendimento jurídico em Santa Maria. O objetivo de agregar equipes era apresentar os serviços e, simultaneamente, evitar que as mulheres precisassem “[...] comparecer ao Fórum ou à Promotoria demasiadamente” (DISTRITO FEDERAL, 2012b, p. 4).

Esse modelo permitiu à equipe do Setps identificar a primeira dificuldade de implementação do acolhimento coletivo: agregar profissionais de várias instituições tinha um objetivo interessante, mas requeria que as mulheres atendidas permanecessem na Promotoria de Justiça durante uma tarde inteira. Elas, entretanto, relataram problemas de permanência durante todo o período vespertino, já que precisavam parar todas as suas atividades laborais, familiares e comunitárias para estarem ali.

O relatório de avaliação contém a discussão de que “[...] nos acolhimentos realizados com o NAFVD e com a UPIS não foi possível realizar vínculo de confiança com as mulheres como foi observado no acolhimento realizado com a equipe do Setps” (DISTRITO FEDERAL, 2012b, p. 5). Além disso, as profissionais

apontaram outra dificuldade: o formato com muitos participantes institucionais impedia que o acolhimento se tornasse um espaço de escuta das mulheres e acarretava descontinuidade dos temas tratados devido à necessidade de transição das falas entre diferentes profissionais. Para a equipe psicossocial do MPDFT, o formato gerou “[...] baixa participação de mulheres durante os acolhimentos em que esses órgãos estiveram presentes” (DISTRITO FEDERAL, 2012b, p. 5).

A experiência considerada negativa nos aspectos citados fez com que se retomassem os acolhimentos coletivos somente com a presença da equipe psicossocial da Promotoria de Justiça. O objetivo era que o procedimento não se restringisse ao caráter informativo, mas também se tornasse um “espaço de escuta”. Isso foi apontado no relatório como importante, para que uma mulher “[...] mesmo que naquele momento não perceba a situação de risco que vivencia e apresente dificuldade em dar continuidade aos autos e de sair da situação de violência, ela passa a ter um local de referência para buscar apoio e informação” (DISTRITO FEDERAL, 2012b, p. 5). Para atingir esse objetivo, a equipe também decidiu diminuir o número de mulheres chamadas para o acolhimento coletivo: inicialmente propuseram 30 convocadas e, à época da avaliação, passaram a chamar 20 mulheres.

Os três documentos mostram que a criação e a implementação de um procedimento técnico envolvem algumas questões a serem consideradas. Em primeiro lugar, nem sempre se propõe uma nova forma de atuação por causa de uma bagagem teórico-metodológica

específica. No caso do acolhimento coletivo, a proposta estava relacionada a uma necessidade objetiva e imediata: havia muitos processos para análise psicossocial, poucas trabalhadoras e a inviabilidade de responder às demandas em tempo hábil para um processo judicial.

Isso não quer dizer que a resposta à “imediatez” permaneça como único foco das equipes e dos procedimentos. A implementação do acolhimento coletivo foi o momento de inovar, propor formatos e avaliar quais formatos – e partir de quais premissas – o trabalho seria melhor aproveitado pelas mulheres atendidas e pela equipe psicossocial. Ao final do período de avaliação, a estratégia encontrada visou proporcionar o que as profissionais chamaram de “espaço de escuta”, em que a discussão de alguns temas seria provocada pela equipe, mas pensada pelas próprias mulheres.

A fundamentação teórico-metodológica não é explícita nos documentos e não há referências, por exemplo, ao que a equipe compreendia como “relações de gênero”, já que há vasta literatura sobre o assunto (BRAGA; NASCIMENTO, 2006). Entretanto, é possível ponderar que a base do procedimento técnico parece ser o reconhecimento de que o corpo profissional não é o detentor de conhecimentos e, por isso, deve meramente informar as mulheres sobre algo que elas não sabiam. Ao contrário, o fundamento da atuação profissional parece ser o de compreender que as experiências das mulheres participantes são a chave dos atendimentos, que as conversas e a troca de conhecimentos

entre elas sobre cultura, relações sociais, afetos, exercício da sexualidade e violência na família devem ser priorizadas.

3 Acolhimentos de Mulheres em Situação de Violência Doméstica no MPDFT Atualmente

Após o projeto-piloto e as demais avaliações dispostas nos relatórios acima discutidos, a configuração do trabalho de assessoramento psicossocial no MPDFT muito mudou. Em 2013, a Portaria nº 252, de 8 de fevereiro de 2015, instituiu a “[...] atividade de análise psicossocial de forma descentralizada e regionalmente” (DISTRITO FEDERAL, 2013, p. 1). Com isso, o Setor de Perícia Psicossocial passou a se chamar Setor de Análise Psicossocial e foram criados setores nas Coordenadorias de Promotorias de Justiça de: Brazlândia, Ceilândia, Gama, Brasília II (Fórum Leal Fagundes), Núcleo Bandeirante, Paranoá, Planaltina, Riacho Fundo, Samambaia, Sobradinho e Taguatinga.

Ao longo de 2013 e de 2014, as equipes passaram por desafios similares aos enfrentados durante o projeto-piloto em Santa Maria, inclusive para propor ações para organizar e atender a demanda relacionada ao enfrentamento da violência doméstica contra mulheres. Isso significou que cada setor adotou estratégias diferentes para trabalhar com a demanda, o que resultou em procedimentos diferentes, por razões distintas e, às vezes, objetivos diversos também para o uso dessa ou daquela forma de atuação. Cabe acrescentar que algumas diferenças podiam ser esperadas, já que uma das justificativas para a descentralização era a possibilidade de aprofundar conhecimentos sobre as realidades

locais – tanto conhecer o que as pessoas dos lugares pensam e fazem, quanto saber as políticas, programas e serviços públicos e privados existentes nas Regiões Administrativas.

Ao final do projeto, no mês de novembro de 2011, avaliou-se que a descentralização apresentou aspectos que contribuem para maior efetividade do trabalho, tais como:

- acesso a elementos que possibilitam conhecimento mais detalhado da realidade local, o que contribui para respostas mais efetivas da instituição para as demandas apresentadas e também possibilita a realização de pesquisas mais fidedignas no que tange aos direitos sociais na localidade. Tais dados possibilitam a atuação da Promotoria de Justiça buscando a real implementação das políticas sociais em Santa Maria (DISTRITO FEDERAL, 2012a, p. 1).

Essa forma de trabalho parece ancorada na proposta teórico-metodológica de que a pesquisa social (e a intervenção social) deve ser historicamente consciente. Isso quer dizer que há reconhecimento de que “[...] as sociedades humanas existem num determinado espaço cuja formação social e configuração são específicas” (MINAYO, 1994 p. 13). As equipes psicossociais do MPDFT optaram pela descentralização, ou seja, pela “intensificação do contato e da atuação conjunta entre profissionais” (DISTRITO FEDERAL, 2012a, p. 1). A imersão nas realidades locais parece ser justificada pela comprovação (no projeto-piloto) de que ela seria capaz de produzir relações profissionais mais afinadas e conhecimento aprofundado sobre o dinamismo da vida individual e coletiva.

A partir da noção de que cada equipe psicossocial do MPDFT criaria estratégias específicas para realizar o trabalho nas localidades em que se inseriram, é necessário entender as diferenças entre elas, mas também o que as une. Isso quer dizer que há, atualmente, possibilidade de compreender quais são os aspectos que dão identidade ao trabalho psicossocial desenvolvido no MPDFT. Nessa parte do artigo, as distinções e as afinações entre as equipes serão debatidas no que se refere ao acolhimento de mulheres em situação de violência doméstica, a fim de contribuir para que esses profissionais vejam para além do local. Ou seja, consigam identificar aquilo que os torna uma coletividade de sujeitos que movem (também) a história do MPDFT.

A primeira pergunta do questionário aplicado às 12 equipes psicossociais descentralizadas foi: qual o objetivo dos acolhimentos de mulheres em situação de violência doméstica? Ressalta-se que essa pergunta foi respondida somente por oito das 11 equipes respondentes, talvez por acreditarem que as outras respostas contemplariam essa pergunta. Desse modo, outros aspectos relacionados aos objetivos aparecem nas outras questões e serão debatidos ao longo do texto.

Em relação aos objetivos dos acolhimentos de mulheres em situação de violência doméstica, pode-se destacar algumas categorias utilizadas pelos profissionais para a intervenção no tema. *Relações de gênero/violência de gênero* e *ciclo de violência doméstica* foram citados, cada uma, seis vezes pelas equipes. A categoria *situação de risco* apareceu sete vezes nas respostas à

questão. Isso parece demonstrar algumas preocupações comuns entre os profissionais, como conhecer histórico de violências domésticas, inclusive aquelas não narradas em boletins de ocorrência, para tentar prever chances de novas agressões acontecerem.

As equipes que elencaram *relações de gênero* como objetivo dos acolhimentos com mulheres, responderam o questionário com as seguintes explicações: “Refletir sobre as relações desiguais de gênero” (SETPS Gama), “Reflexão acerca das relações de gênero” (SETPS Taguatinga), “Violência no contexto das relações de gênero” (SETPS Paranoá), “Refletir sobre questões relacionadas à violência de gênero” (SETPS Riacho Fundo), “Promover reflexões sobre relações de gênero” (SETPS Samambaia), “Promover uma reflexão acerca da violência de gênero, das relações de gênero” (SETPS Planaltina).

Sobre *ciclo da violência*, responderam que, entre os objetivos do trabalho, estavam: “Promover reflexões a respeito da violência doméstica, especialmente em relação ao ciclo de violência” (SETPS Brasília II – Fórum Leal Fagundes), “Refletir sobre [...] o ciclo da violência doméstica” (SETPS Gama), “as questões [...] e sobre o ciclo da violência” (SETPS Riacho Fundo), “Promover reflexões sobre [...] ciclos de violência doméstica” (SETPS Samambaia), “realizar reflexões sobre o ciclo de VD” (SETPS Santa Maria), “Promover uma reflexão [...] do ciclo da violência” (SETPS Planaltina).

Sobre *situação de risco*, responderam: “análise de risco a

fim de subsidiar os promotores demandantes” (SETPS Brasília II – Fórum Leal Fagundes), “situação atual para avaliação de risco para novas situações de violência” (SETPS Taguatinga), “identificar fatores de proteção de modo a minimizar possibilidades de ocorrência de novos fatos violentos” (SETPS Paranoá), “identificar possível situação de risco, visando, caso exista, subsidiar o promotor (a) no sentido de provocar o Judiciário com vista a promover a proteção dessas mulheres” (SETPS Riacho Fundo), “tem como objetivo avaliar possíveis situações de risco” (SETPS Samambaia), “identificar os fatores de risco e de proteção” (SETPS Santa Maria) e “avaliar se a mulher vítima de violência doméstica encontra-se em situação de risco” (SETPS Planaltina).

Essas três categorias centrais estão intimamente relacionadas. É possível perceber, inclusive, dificuldade de citar as reflexões propostas de modo separado. Parece existir entendimento comum entre profissionais de que as características da socialização de homens e de mulheres (relações de gênero) devem ser levadas em consideração para analisar situações de violência contra mulheres (que é pensada, então, como uma violência de gênero). Assim, o risco de novas violências ocorrerem está diretamente vinculado à forma como homens e mulheres se pensam e se relacionam afetivamente – e como as relações de poder se dão nas famílias.

O ciclo de violências, embora seja um conceito criado em contexto estrangeiro (WALKER, 1979), pode ser uma ferramenta útil para profissionais para promover entendimento sobre violência

doméstica com mulheres no sistema de justiça. Lenore Walker, psicóloga estadunidense, propôs que as relações permeadas por violências não são o tempo inteiro violentas, mas possuem algumas fases comuns que podem ser identificadas na maior parte dos casos por ela estudados: 1) período de construção da tensão; 2) incidente agudo de violência (ocorrência da agressão); 3) período amoroso, com ausência de agressões (comumente, no Brasil, chamada de fase de lua de mel).

As três categorias combinadas – relações de gênero, ciclos de violência e fatores de risco (e de proteção) – parecem compor o centro das preocupações profissionais para a intervenção, que representa o segundo montante de categorias citadas nos objetivos descritos. Em primeiro lugar, há *apontamento das situações de risco*, por meio de *relatórios técnicos*, para promotores/as de justiça para que esses profissionais atuem solicitando revisão/reafirmção de medidas protetivas, pedindo prisão preventiva, ou outras atuações que estejam no escopo desses trabalhadores do sistema de Justiça. Em segundo lugar, há realização de *encaminhamentos para rede de serviços* disponíveis para proteção e superação de violências.

Sobre esses tópicos, as equipes responderam ao questionário: “encaminhar as mulheres para a rede de serviços disponível” (SETPS Brasília II – Fórum Leal Fagundes); “apresentar-lhes os serviços disponibilizados pela Rede de Atendimento às vítimas de violência doméstica” (SETPS Gama); “sugestão de encaminhamentos (seja sobre a rede de atendimento

ou sobre providências acerca das medidas protetivas e demais possibilidades de atuação por parte dos promotores) para os promotores demandantes” (SETPS Taguatinga); “em caso de necessidade, as vítimas são encaminhadas aos serviços de atendimento” (SETPS Paranoá); “realizar os encaminhamentos necessários à superação da violência vivenciada” (SETPS Riacho Fundo); “realizar encaminhamentos para os serviços públicos disponíveis” (SETPS Samambaia); “informações e encaminhamentos para os serviços disponíveis na rede” (SETPS Santa Maria e “encaminhar as mulheres participantes para os serviços disponíveis” (SETPS Planaltina).

As respostas coletadas demonstram que as equipes psicossociais do MPDFT parecem estar alinhadas ao que querem quando encontram mulheres em situação de violência doméstica. Os objetivos são similares e atestam que o pensamento coletivo se construiu e se mantém afinado, independentemente da separação geográfica dos componentes da equipe. Parece existir um entendimento geral sobre aquilo que margeia ou aquilo que caracteriza (GOFFMAN, 1986) as violências domésticas que atingem mulheres. Há reconhecimento de que algo primário informa ou permite essas violências e as equipes parecem atentas a isso.

Nesse sentido, cabe rememorar o artigo de Lourdes Bandeira (2003, p. 1), quando criticou a incompreensão da diferença entre “políticas públicas para mulheres” e “políticas públicas de gênero”. À época, a autora se preocupava com o que

as Delegacias de Polícia da Mulher (DEAMs), assim como outras instâncias de atendimento às mulheres que sofriam violências, reproduziam: aspectos tradicionais dos papéis de homens e de mulheres. Isso é, baseavam o atendimento das mulheres em situações de violência na realocação de homens e de mulheres em seus locais socialmente estabelecidos: provedores x responsáveis pelos cuidados e pela reprodução familiar.

[...] tendo seu foco centrado no feminino como elemento que compõe os processos de reprodução social. Isso implica não priorizar a importância e o significado das relações entre os gêneros e, ao contrário, manter o foco no binômio mulher-família, reafirmando a visão essencialista de que a reprodução e a sexualidade determinam as diferenças entre mulheres e homens de modo simples e inevitável (BANDEIRA, 2003, p. 1).

Muito se passou desde a época do artigo de Bandeira (2003, p. 1), inclusive ocorreu a promulgação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006). Certamente, ainda há muito a avançar nesse tema. Entretanto, podemos reconhecer o caminho percorrido: as equipes psicossociais do MPDFT já possuem formação e falam explicitamente sobre a preocupação de refletir sobre as relações de gênero como fundantes das violências contra mulheres. Não há, nesse momento, pesquisas que atestem quais os referenciais teóricos dessas equipes. Porém, existem algumas ponderações relevantes: o vocabulário desses profissionais demonstra conhecimento sobre o tema e busca por uma intervenção social

pautada na diminuição das desigualdades entre homens e mulheres.

Diante desse conjunto de preocupações comuns, que fornecem chaves de identificação entre os setores psicossociais do MPDFT, o que diferencia a atuação das equipes descentralizadas? As outras perguntas do questionário fornecem pistas para pensar tais diferenças. Elas não parecem se referir aos objetivos ou àquilo que os profissionais querem atingir com os instrumentais técnico-operativos. As diferenças podem ser observadas mais especificamente nesses instrumentais ou procedimentos: quais são utilizados e/ou aplicados, quais são os fatores de distinção/escolha por um ou por outro.

É interessante, nesse momento, esclarecer o que, neste artigo, está sendo chamado de instrumentais ou procedimentos técnico-operativos. O debate sobre esse(s) termo(s) ocorre principalmente no Serviço Social quando se pensa sobre a intervenção conectada aos modos de produção e reprodução da vida social. Isso dá caráter específico ao conceito de instrumental técnico-operativo, porque não só se refere a um método de coleta de informações ou de modificação de uma realidade, mas também à crítica de que essas técnicas e tecnologias não se descolam dos interesses e visões de mundo dos grupos sociais que as desenvolvem e as aplicam. Técnica, aqui, passa a ser entendida dentro do seguinte esquema conceitual:

Aqui, tomamos a técnica associada aos instrumentos: enquanto estes são compreendidos como elementos mediadores e

potencializadores do trabalho, a técnica pode ser definida no sentido de ser a 'habilidade humana de fabricar, construir e utilizar instrumentos'. Dessa forma, falaremos do instrumental técnico-operativo como a articulação entre instrumentos e técnicas, pois expressam a conexão entre um elemento constitutivo dos meios de trabalho (os instrumentos de trabalho) e o seu desdobramento - qualitativamente diferenciado - ocorrido ao longo do desenvolvimento das forças produtivas (as técnicas). Portanto, as técnicas se aprimoram a partir da utilização dos instrumentos, diante da necessidade de sua adequação às exigências de transformação dos objetos, visando o atendimento das mais variadas necessidades humanas (TRINDADE, 2001, p. 31).

Desse modo, objetivos muito semelhantes são o que movem as equipes psicossociais no MPDFT, mas há realidades que se impõem e exigem modificações nos procedimentos, nas técnicas, nas formas de atuar em cada Região Administrativa. Um dos quesitos levados em consideração pela equipe para decidir como a intervenção em situações de violência doméstica será realizado é o espaço físico existente nas Coordenadorias de Promotorias de Justiça. Esse ponto não deve ser subestimado, já que as condições estruturais e materiais podem viabilizar ou impedir certas atividades.

Nas respostas à pergunta dois do questionário, *qual o modelo preferido para realização do acolhimento: individual ou coletivo?*, a equipe lotada em Brasília II, no Fórum Leal Fagundes, respondeu que não pode fazer distinção entre procedimento em versão coletiva e individual, pois “[...] devido à falta de espaço para

realização de acolhimentos coletivos desde o início são realizados acolhimentos individuais”. Esse método não é uma preferência das profissionais lá lotadas e revela um limite à intervenção que seria considerada mais adequada por causa de uma situação específica e fundamental: não há sala apropriada para aplicar o instrumental técnico-operativo considerado anteriormente como o mais adequado (acolhimento coletivo avaliado em Santa Maria).

Outro motivo para a seleção de procedimento, se individual ou coletivo, foi a demanda. Isso parece seguir a preocupação inicial de que poucos profissionais precisam trabalhar em muitos processos de violência doméstica e o acolhimento coletivo continuaria como o preferido em locais de alta demanda. As respostas que se referem a esse quesito foram: “a demanda está atualmente mais reduzida e não seria suficiente para a realização do atendimento em grupo” (SETPS Brasília II – Fórum Leal Fagundes); “[...] nossos acolhimentos são individuais, pois não temos tido demanda suficiente para montar grupos” (SETPS Ceilândia), “[...] desde 2013 só temos feito acolhimentos individuais. Hoje a demanda de acolhimento de VD não é grande” (SETPS Santa Maria) e “[...] aqui privilegiamos o individual quando a demanda está pequena” (SETPS Planaltina).

Entretanto, uma diferença deve ser apontada no que tange à demanda alta ou baixa como condicionante da escolha pelo procedimento. A quantidade de processos judiciais a serem analisados não aparece mais como justificativa central para a escolha do acolhimento coletivo. Ao contrário, o baixo volume

solicitações de análise, em alguns lugares, impede a formação de grupos de mulheres. Logo, a escolha pelo acolhimento individual não é mais a principal. O procedimento em sua versão coletiva é o preferido pela maior parte das equipes psicossociais do MPDFT por acreditarem que esse instrumental está mais sintonizado ao objetivo do trabalho.

A preferência pelo acolhimento coletivo está colocada em algumas respostas que serão destacadas:

- Preferencialmente coletivo uma vez que entendemos que o atendimento em grupo possa representar um importante espaço para coletivização da demanda, troca de experiências e informações entre equipe e as participantes. Cabe ressaltar que logo após o procedimento em grupo, são realizadas entrevistas individuais de caráter breve (SETPS Samambaia).
- A regra é o atendimento em grupo. Em “complementação”, logo após o grupo, é realizado também o atendimento individual. Caso a mulher não compareça ao grupo, fazemos até dois contatos telefônicos para agendar o acolhimento individual (SETPS Paranoá).
- A preferência é pelo coletivo. Mas realizamos as duas modalidades (SETPS Taguatinga).
- Desde o segundo semestre de 2014, adotamos preferencialmente o acolhimento coletivo (SETPS Gama).
- Atualmente tenho preferido atendimento em grupo, pois passei a observar que o processo de reflexão e desnaturalização do contexto de violência acontece de forma mais satisfatória entre as mulheres. Mutualmente elas propõem estratégias para mudança da realidade vivida, ao tempo em que observam que trata-se de um fenômeno coletivo, vivido cotidianamente por

diferentes mulheres (SETPS Brazlândia) (respostas à questão 2, questionário aplicado às equipes psicossociais).

Também é relevante retornar a um problema indicado anteriormente sobre a perspectiva teórico-metodológica das equipes. Nas respostas acima, o que as profissionais entendem como relações de gênero e violência de gênero fica um pouco mais claro, embora ainda não explícito. As respostas de Brazlândia e de Samambaia apontam como o procedimento pode auxiliar a atingir o objetivo de discutir relações de gênero. As duas respostas falam em “coletivização da demanda”, “troca de experiências e informações entre equipe e as participantes”, “desnaturalização do contexto de violência” e também explicam o que seria esse coletivizar a demanda: “observam que trata-se de um fenômeno coletivo, vivido cotidianamente por diferentes mulheres”.

Essas respostas indicam que não é possível falar sobre uma suposta neutralidade da técnica ou do instrumental, já que o caráter social do procedimento *acolhimento* está presente em todas as fases, desde a formulação. As realidades sociais e institucionais encontradas não podem ser desconsideradas para compreender o desenvolvimento dessa técnica de intervenção psicossocial. Ou seja, há um objetivo a ser alcançado, mas também um quadro maior que condiciona a técnica. Como aponta Rosa Trindade (2001, p. 34), “[...] as técnicas não são portadoras de uma capacidade imanente de alcançar determinados resultados, pois são mobilizadas a partir da capacidade teleológica dos sujeitos,

no sentido de pôr finalidades, a partir das necessidades presentes na realidade a ser transformada”.

As respostas à questão dois têm pelo menos dois efeitos: apontam algumas dificuldades localmente colocadas para implementação de um certo instrumental técnico-operativo e indicam projeto ético-político das equipes psicossociais. Por exemplo, quando o SETPS de Santa Maria fala que não tem realizado acolhimentos coletivos por diversos motivos, mas principalmente pela baixa demanda, não abandona um direcionamento como central para mulheres: “[...] em termos de metodologia, quanto à possibilidade de as mulheres partilharem a experiência com outras mulheres de forma coletiva, acreditamos que esse espaço é oportunizado no acompanhamento psicossocial no NAFVD ou CEAM”.

As limitações e as escolhas afastam a “[...] possibilidade de autonomia do instrumental, pois ele também compõe o projeto profissional, como elemento fundamentalmente necessário à objetivação das ações profissionais”, mas não significam o abandono “da direção teórico-política da prática profissional” (TRINDADE, 2001, p. 36). Busca-se garantir que esse aspecto dos objetivos do trabalho – mostrar que a violência se refere à coletividade e não se restringe a um problema individual (daquela mulher ou daquela família) – seja garantido pela inserção em outros serviços existentes na rede de atendimento, como Núcleo de Atendimento às Famílias e aos Autores de Violência Doméstica

(NAFAVD) ou Centros Especializados de Atendimento à Mulher (CEAM).

As respostas à questão três, *quais os critérios de distinção para acolhimento individual e coletivo?*, dão mais elementos para pensar na estreita vinculação entre realidade local, objetivos a serem alcançados e instrumentais técnico-operativos utilizados. Também ajudam a pensar sobre os limites e as possibilidades da atuação psicossocial no MPDFT e sobre o caráter sempre experimental que a elaboração e a aplicação de instrumentais podem adquirir. A escolha entre tipos de acolhimentos também revela algumas dificuldades intrínsecas às subjetividades dos profissionais e das mulheres a serem atendidas e expõe a difícil tarefa de trabalhar com violências.

Por um lado, algumas equipes indicaram que somente um dos procedimentos é realizado: “[...] há apenas individual. Poderia haver coletivo caso houvesse espaço para realizar o atendimento e se a demanda aumentasse” (SETPS Brasília II – Fórum Leal Fagundes); “[...] nossos acolhimentos são individuais, pois não temos tido demanda suficiente para montar grupos” (SETPS Ceilândia) e “[...] a preferência pelos individuais se dá devido aos prazos que recebemos, que são bem apertados (5, 10, 15 dias), e, nesse sentido, quando chegam já agendamos os acolhimentos, não dando tempo fazer grupos” (SETPS Riacho Fundo).

Outras equipes apontaram realizar as duas modalidades de acolhimento, individual e coletivo, mas que uma teve menos sucesso do que outra: “[...] o objetivo é fazer o individual

apenas em casos cuja complexidade e/ou emergência exigirem. Entretanto, a maior parte das tentativas de realizar o acolhimento coletivo foi frustrada pelo número insuficiente de comparecimento das mulheres convocadas” (SETPS Gama) ou “[...] até 2012 eram realizados alguns acolhimentos coletivos, em razão da grande demanda, pois eram encaminhadas todas as medidas protetivas. Hoje não fazemos coletivo” (SETPS Santa Maria). Em resposta à outra questão cinco, a equipe do SETPS de Samambaia fala sobre esse mesmo problema das faltas das mulheres aos acolhimentos:

[...] outro desafio refere-se à quantidade de mulheres que não comparecem aos acolhimentos, o que exige que sejam definidos outros critérios para atendimento das solicitações, como, por exemplo, a realização de procedimentos por meio telefônico. Tal índice de faltas também pode estar relacionado a dificuldade em localizar as mulheres a partir dos dados que constam no processo, como endereço ou telefone desatualizados.

As três falas acima revelam o dinamismo de uma Promotoria de Justiça e os imponderáveis do trabalho, mesmo após planejamento. De um lado, em Santa Maria, ao longo de 2012 (período analisado por meio de documentos), houve a criação e a avaliação dos acolhimentos coletivos. Entretanto, em decorrência de modificações nas Promotorias que atuam com violência contra mulheres, a demanda diminuiu muito e o procedimento foi avaliado como desnecessário. Diante de tal avaliação, a equipe decidiu por extinguir o procedimento técnico

acolhimento coletivo para deixar que outros serviços/trabalhos se consolidassem com qualidade.

Já a equipe do SETPS do Gama acredita que o acolhimento coletivo seria a melhor escolha ou o melhor tipo de intervenção. Porém, as profissionais não podem, nem conseguem, controlar o número de mulheres participantes – o que implica frustração da realização de um grupo. Isso revela que nem sempre a burocracia, o plano ou a organização é capaz de prever ou de determinar como as coisas irão acontecer. Há um espectro imponderável nas ações profissionais e elas não são frutos do mau cálculo ou do mau planejamento. Ao contrário, fazem parte da complexa interação entre o Estado e os grupos sociais fora dele. As desconexões – os imprevisíveis – permitem compreender as práticas de governo como reveladoras das negociações, de contradições, de sensibilidades e de visões de mundo.

Quando se fala de Estado ou de intervenção social por profissionais estatais, por meio do enfoque nas leis ou nas políticas escritas, isso pode dar a impressão de que o Estado poderia ser compreendido como foro independente ou como entidade monolítica. Ao traçar panoramas históricos de médio e longo prazo, os órgãos burocráticos (ministérios, câmaras legislativas, secretarias, departamentos, setores etc.) aparecem como agentes autônomos e os acontecimentos apresentam-se como lineares. As atuações do Estado soam despersonalizadas, como se fossem desencarnadas, os modelos de ação como se fossem perfeitos e a implementação deles é que constituiria o problema.

Entretanto, ao observá-las como “[...] processo em curso [...]” (FERREIRA, 2009, p. 42), ou seja, ao dar voz às pessoas que trabalham (pensam, fazem, intervêm, transformam), percebe-se que o próprio Estado é constituído também por imponderáveis da vida cotidiana. Algumas falas de profissionais, desde os documentos até os questionários aplicados, sinalizam as dificuldades para implementação do trabalho psicossocial por causa do que está fora do controle das burocracias: há limites para atuação estatal e eles estão em muitos lugares, desde a dificuldade de permanência das mulheres por todo um turno na Promotoria de Justiça, até a recusa (ou obstáculos diversos) de mulheres para comparecer ao procedimento psicossocial proposto.

A questão quatro, *qual a periodicidade dos acolhimentos?*, não revela diferenças entre as equipes. A maior parte dos procedimentos é realizado de acordo com a agenda dos profissionais quando a escolha é o acolhimento individual. Ou seja, quando há horário disponível, há marcação. Sobre os acolhimentos coletivos, profissionais disseram que depende da demanda: quanto maior a quantidade de casos a serem analisados, mais acolhimentos se realizam – semanalmente, quinzenalmente ou mensalmente. Algumas respostas expressam esses agendamentos: “[...] coletivo: A princípio uma vez por mês, mas diante da demanda houve meses em que realizamos dois acolhimentos coletivos. Individual: semanal, conforme a demanda” (SETPS Taguatinga); “[...] de acordo com a disponibilidade das servidoras e com a demanda” (SETPS Brasília II - Fórum Leal Fagundes); “[...] coletivo:

Duas vezes por mês. Individual: de acordo com as agendas das profissionais” (SETPS Samambaia).

As respostas à pergunta cinco, *quais os desafios enfrentados pela equipe no que diz respeito aos acolhimentos?*, parecem revelar algumas distinções entre as atuações profissionais, mas também outros pontos de união entre elas. As respostas demonstram os diversos enfoques dados por cada equipe às dificuldades ou obstáculos enfrentados. Também permitem desvelar as realidades locais com maior clareza, já que falam sobre relações entre profissionais de uma Promotoria de Justiça, sobre políticas públicas, sobre relações sociais e aspectos socioculturais brasileiros, sobre infraestrutura do MPDFT e sobre o próprio trabalho psicossocial.

Em primeiro lugar, destacam-se as dificuldades de diálogo com promotores(as) de justiça e, por isso, de estabelecer fluxos e/ou dar continuidade ao trabalho proposto. Sobre isso, algumas respostas ao questionário são representativas: “[...] acredito que a sensibilização dos promotores para que compreendam a relevância do atendimento é um dos maiores desafios. Temos quatro Promotorias de Violência Doméstica e as demandas vêm quase todas de apenas uma delas” (SETPS Brasília II - Fórum Leal Fagundes); “[...] estamos dialogando com as Promotorias Especiais Criminais e de Violência Doméstica a fim de promover alterações no fluxo de atendimento com o intuito principal de chamá-las [as mulheres vítimas de violência doméstica] logo que

tiverem suas MPU¹ deferidas [...] pôr em prática o planejamento que submetemos aos promotores está sendo o nosso desafio atual” (SETPS Gama); “[...] frequente mudança de promotores adjuntos e descontinuidade no trabalho realizado [...]” (SETPS Taguatinga) e “[...] Rotatividade na promotoria [...]” (SETPS Paranoá).

Os pontos levantados pelas equipes revelam duas ordens de obstáculos. A primeira se refere especificamente à organização das Promotorias de Justiça e ao modo de ocupação das vagas das promotorias sem titular. De acordo com as equipes, as constantes substituições que ocorrem nas promotorias sem titular— algumas vezes os substitutos ficam somente por uma semana em uma localidade— fazem com que a estabilidade do trabalho psicossocial seja comprometida. Por vezes, essas mudanças podem implicar em uma série de complicadores, como diminuição ou aumento repentino de demanda, desconhecimento sobre como os profissionais trabalham (ou mesmo o não conhecimento entre promotores/as de Justiça e equipe psicossocial), dificuldades de diálogo, constantes apresentações das atividades realizadas pelos Setores de Análise Psicossocial, entre outros.

Outro aspecto deve ser destacado: a equipe do SETPS Brasília II, em exercício no Fórum Leal Fagundes, aponta que o desafio não está só em estabelecer e manter fluxos entre Promotorias e Setores, mas em convencer, “sensibilizar” promotores/as de justiça sobre as potencialidades do trabalho psicossocial no MPDFT. Os dois desafios (manutenção de fluxos e incentivo

¹ Medidas Protetivas de Urgência.

à sensibilidade) parecem passar pela expectativa trazida pela descentralização. Ela foi uma das modelagens pensadas para que o diálogo multiprofissional e, talvez, interdisciplinar, ocorresse. Os profissionais da área psicossocial acreditavam que a abertura de novos setores seriam sinônimo de valorização profissional em um contexto interpretado como hierárquico e centrado nas carreiras jurídicas.

Dos desafios colocados pela equipe, alguns se referem à relevância do estabelecimento de canais comunicacionais eficazes e de relações profissionais igualitárias para permitir mudanças na história de opressões que cria e reproduz violências contra mulheres. Esse, inclusive, é outro desafio informado por uma das equipes: [...] “posso dizer ainda que existe um desafio histórico e cultural sobre os papéis de gênero da sociedade, ou seja, padrões e estereótipos que reproduzem muitas vezes a violência” (SETS Brazlândia). Todos os desafios informados pelas equipes, se levados a sério, parecem indicar a construção de um projeto societário em que as relações sejam menos hierárquicas e mais equitativas e justas em todos os aspectos.

Outro conjunto de obstáculos apontados pelas equipes psicossociais se refere à existência e à implementação das políticas públicas, sejam elas de atendimento especializado às vítimas de violência e/ou aos autores dessas violências, seja em outras áreas, como saúde, assistência social e de proteção à infância e à adolescência. De modo geral, as equipes avaliam que o poder Executivo do Distrito Federal tem falhado no que tange à oferta

de serviços públicos básicos para garantia de direitos e de acesso a bens materiais e imateriais. Algumas respostas ao questionário se referem especificamente a esses pontos:

- Acho que os maiores desafios são: a própria efetivação da lei, no que tange aos serviços, ações dos órgãos e de todo sistema de garantia de direitos (SETPS Brazlândia);
- Os encaminhamentos também são um desafio pois o NAFVD tem trabalhado com listas de espera significativas e é o único local que atende os homens (SETPS Brasília II - Fórum Leal Fagundes);
- A ausência de serviços voltado para vítimas e autores de VD em Taguatinga, de forma que utilizamos os serviços disponíveis nas localidades mais próximas, como Núcleo Bandeirante, Ceilândia e Samambaia (SETPS Taguatinga);
- o NAFVD do Núcleo Bandeirante demora para agendar o acompanhamento, dado a grande demanda existente, pois atende várias promotorias (SETPS Riacho Fundo)
- Fila de espera do NAFVD (SETPS Santa Maria) ;
- Falta de atendimento célere das requisições encaminhadas aos serviços públicos demandados, em razão da precarização do quadro de pessoal desses serviços (SETPS Sobradinho) (respostas à questão 5, questionário aplicado às equipes psicossociais).

Uma parte do trabalho das equipes dos SETPS é realizar encaminhamentos para a rede de atendimento, com vistas à inserção em serviços públicos que possibilitem o amparo de indivíduos e famílias para a modificação de contextos violentos. Entretanto, se há indisponibilidade de políticas, programas e serviços, ou há dificuldades de acesso da população a eles,

as equipes sentem entraves ao desenvolvimento do trabalho psicossocial. As equipes não têm a função, o papel, a competência ou a estrutura para acompanhar as famílias fora do espaço/contexto de trabalho. A integração entre Justiça e políticas sociais é componente central, de acordo com os profissionais, para que as mulheres que vivenciam violências domésticas não mais sejam submetidas a condições degradantes de vida.

Entende-se que a política social é um tipo de política pública com a especificidade de se relacionar às reivindicações por extensão dos direitos sociais próprios dos Estados de Bem-Estar Social: oferta universal de serviços, preocupação com o pleno emprego e institucionalização da assistência social como rede de proteção contra a pobreza. Potyara Pereira (1994, p. 2) apresenta uma definição de política pública: ela deve ser compreendida como programa de ação que tem como objetivo “[...] atender necessidades sociais cuja resolução ultrapassa a iniciativa privada, individual ou espontânea, e requer decisão coletiva regida e amparada por leis impessoais”.

A decisão coletiva implica na escolha, o que envolve conflitos de interesses. O termo público, associado à política, não é referencial único às ações de Estados, mas à coisa que é “[para e responsabilidade] de todos, sob a égide de uma mesma lei e o apoio de uma comunidade de interesses” (PEREIRA, 1994, p. 2). A política social, assim, aglutina vários interesses e visões de mundo que se colocam em confronto pela definição dos rumos das ações públicas ou da própria sociedade. As políticas sociais,

formuladas e coordenadas pelo Estado, são expressões dos arranjos coletivos e compulsórios desenvolvidos para lidar com as adversidades que surgem na convivência social.

As respostas das equipes psicossociais do MPDFT parecem indicar que estão preocupadas com fatores de vulnerabilidade social², e talvez tentem mostrar, em seus relatórios, como essas vulnerabilidades são construídas. Também é possível que as equipes tentem tomar providências para diminuir tais vulnerabilidades. Os profissionais dos SETPS parecem conhecer os dilemas de trabalhar com política social e a difícil disputa por equipamentos públicos que garantam bem-estar à população. Na alocação de recursos públicos, serviços de atendimento à população vulnerável podem não necessariamente se tornar prioritários.

4 Considerações finais

Ao longo desse artigo, procurou-se demonstrar a história do trabalho psicossocial realizado no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) no que se refere ao enfrentamento à violência contra mulheres. O foco foi analisar os momentos institucionais específicos que permitiram o surgimento

² Cabe comentar que o termo “vulnerabilidade” não parece possuir sentido único quando usado por pesquisadores de diversas áreas. Entretanto, alguns exemplos podem ser dados sobre como a palavra pode ser interpretada: fatores que deixem pessoas vulneráveis “à violação de direitos sociais e humanos”. Pode-se citar que mulheres e homens atendidos pelas Promotorias são afetados pela pobreza, exclusão do mercado de trabalho, maior exposição a adoecimentos, entre outros. Para mais considerações, ver Lionço (2008).

de serviço especializado de assessoria às Promotorias de Justiça e quais os desafios enfrentados pela equipe dos Setores de Análise Psicossocial para implementação de protocolos de ação para garantia dos direitos humanos das mulheres.

O texto foi motivado por algumas questões: 1. a importância de produzir e divulgar conhecimentos sobre a atuação estatal, diante do compromisso com a transparência das ações públicas; 2. a incorporação da crítica realizada pela literatura especializada, especialmente sobre violência doméstica, que aponta como desafio à proteção de mulheres em situação de violência doméstica a falta de informações fidedignas e atualizadas sobre funcionários e suas qualificações. Mas, principalmente, a dificuldade de alguns órgãos estatais, inclusive de justiça, em criar e divulgar protocolos de ação e de encaminhamentos (TAVARES; SARDENBEGRG; GOMES, 2011); 3. a certeza de que conhecer qualitativamente o que fazem e o que pensam os trabalhadores da Justiça é a melhor forma de melhorar os serviços prestados.

Após as discussões apresentadas, é possível dizer que o trabalho psicossocial que ocorre no MPDFT na proteção de mulheres se modifica com frequência. Em primeiro lugar, deve-se apontar que essas constantes mudanças podem ser explicadas pela novidade institucional: a atuação descentralizada das equipes, que acontece há dois anos. No entanto, ainda há necessidade de amadurecer estratégias de intervenção. Em segundo lugar, as modificações podem decorrer de melhorias das próprias condições de trabalho, como diminuição de rotatividade de promotores/

as de justiça nas Coordenadorias de Promotorias, melhora nas condições de infraestrutura apresentadas, razoabilidade entre demanda e tempo/prazo para atender às solicitações.

Em terceiro lugar, verificou-se que as afinações entre as equipes psicossociais do MPDFT parecem estar mais presentes do que as distinções. As diferenças existentes entre os SETPS, no acolhimento às mulheres vítimas de violência doméstica, não se referem diretamente ao trabalho e ao objetivo a que se propõem. As distinções parecem ser decorrentes das realidades locais das Coordenadorias de Promotorias de Justiça, inclusive de organização do trabalho em cada local.

Por último, mas não menos importante, essas transformações podem também ser avaliadas de forma positiva. Elas podem indicar que as equipes fazem reflexões críticas constantes sobre o trabalho desenvolvido. Estão em contínua reflexão sobre atuação profissional, sobre a inserção institucional das equipes psicossociais e sobre o papel da Justiça na regulação e no combate às violências. Também não é possível deixar de considerar que há relação dialética entre realidade social e trabalho das equipes psicossociais: as modificações sociais, assim como em outros espaços institucionais, são sentidas e devem ser avaliadas pelas equipes se quiserem trabalhar cada vez mais afinadas com a garantia e com a proteção de direitos humanos.

Title: Care for Women Experiencing Domestic Violence in MP-DFT: a Psychosocial Perspective

Abstract: Over the past few years, the psychosocial team of the Public Ministry of the Federal District and Territories has created and has evaluated forms of intervention in situations of domestic violence at the Public Prosecutor's Office in each Administrative Region. The article describes the work of these teams from the formulation of the pilot program of decentralization up to the present moment and the text discusses the theoretical and methodological bases of procedures carried out by the teams to attend women experiencing domestic violence. It presents what professionals think about the activities developed and discusses how this procedure can have a multitude of functions: from the data collection and analytical production for legal activity advisory to the search for consolidating different social projects.

Keywords: Psychosocial team. Violence against women. Theoretical and methodological approaches. Justice.

Referências

ÁLVARES, Luciana et al. O Trabalho da Secretaria Executiva Psicossocial do MPDFT e a consolidação dos direitos humanos. In: BRITO, Valéria (Org.). *Conexões: teoria e prática do trabalho em redes na Secretaria Psicossocial Judiciária do TJDF*. Brasília: Lumen Juris, 2012. p. 249-259.

BANDEIRA, Lourdes. O que não estamos conseguindo alterar na questão da violência contra a mulher? *Jornal Fêmea*, Brasília, n. 129, out. 2003. Encarte Articulando.

BOSCHETTI, Ivanete. Condições de trabalho e a luta dos (as) assistentes sociais pela jornada semanal de 30 horas. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 107, jul./set. 2011.

BRAGA, Kátia Soares; NASCIMENTO, Elise do (Org.). *Bibliografia Maria da Penha: violência contra a mulher no Brasil*. Brasília: Letras Livres, 2006.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...] e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 ago. 2006.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. *Resolução nº 533, de 29 de setembro de 2008*. Regulamenta a supervisão direta de estágio em Serviço Social. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.cfess.org.br/js/library/pdfjs/web/viewer.html?pdf=/arquivos/Resolucao707-2015.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

DEMO, Pedro. Avaliação qualitativa: um ensaio introdutório. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, n. 1, p. 571-585, set./dez. 1986.

DESLANDES, Suely. Concepções em pesquisa social: articulações com o campo da avaliação em serviços de saúde. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 103-107, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csp/v13n1/0228.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Portaria n° 52 de 30 de janeiro de 2002*. Brasília, DF, 2002.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Portaria Normativa n° 153, de 4 de março de 2011*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://intranet.mpdft.mp.br/bamp/arquivos/Portarias/Portarias_PGJ/2011/n2011_0153.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2015.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Portaria n° 252, de 8 de fevereiro de 2013*. Reestrutura a Secretaria Executiva Psicossocial, institui a atividade de análise psicossocial [...]. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://intranet.mpdft.mp.br/bamp/arquivos/Portarias/Portarias_PGJ/2013/n2013_0252.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2015.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Secretaria Executiva de Medidas Alternativas. *Conhecendo a Sema*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/secretaria-executiva-de-medidas-alternativas-mainmenu-276/6254-conhecendo>>. Acesso em: 1 abr. 2015.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Setor de Perícia Psicossocial de Santa Maria. *Propostas de atividades*. Brasília, Coordenadoria de Promotorias de Santa Maria, 2012.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Setor de Perícia Psicossocial de Santa Maria. *Relatório gerencial projeto-piloto: apoio técnico às atividades jurídicas*. Brasília, 2011.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Setor de Perícia Psicossocial de Santa Maria. *Relatório de atividades desenvolvidas*. Brasília, DF, 2012.

FERREIRA, Leticia. *Dos autos da cova rasa: a identificação de corpos não-identificados no Instituto Médico-Legal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: FINEP, 2009. v. 1.

GOFFMAN, Erving. *Frame analysis*. Nova York: Harper & Row, 1986.

LIONÇO, Tatiana. Bioética e sexualidade: o desafio para superar práticas correcionais na atenção à saúde de travestis e transexuais. *Série Anis*, Brasília, n. 54, p. 1-7, 2008.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento científico: pesquisa qualitativa em saúde*. 2. ed. São Paulo: Hucitec-Abrasco, 1994.

PEREIRA, Potyara A. P. *Concepções e propostas de políticas sociais em curso: tendências, perspectivas e conseqüências*. Brasília: UnB, 1994.

TAVARES, Márcia; SARDENBERG, Cecília; GOMES, Márcia. O acesso à justiça no Brasil das mulheres em situação de violência. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 15, 2011. *Anais...* Curitiba: Sociedade Brasileira de Sociologia, 2011.

TRINDADE, Rosa Lúcia Prêdes. Desvendando as determinações sócio-históricas do instrumental técnico-operativo do Serviço Social na articulação entre demandas sociais e projetos profissionais. *Temporalis*, Brasília: Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social, v. 2, n. 4, p. 21-39, jul./dez. 2001.

WALKER, Lenore E. *The battered woman*. New York: Harper & Row, 1979.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REIS, Izis Morais Lopes dos; BRASIL, Cristina Aguiar Lara. Acolhimentos de mulheres em situação de violência doméstica no MPDFT: uma perspectiva psicossocial. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 317-372, 2015. Anual.

Submissão: 6/4/2015

Aceite: 13/7/2015

A Inimputabilidade Diante do Tribunal do Júri: uma Abordagem Constitucional do Quesito Absolutório

Raoni Parreira Maciel

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Graduado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – Universidade de São Paulo.

Resumo: No direito positivo brasileiro, os crimes contra a vida são processados em rito especial, com competência constitucional para o julgamento pelo Tribunal do Júri. Após a edição da Lei nº 11.689/2008, o quesito obrigatório pretendeu amalgamar todas as teses absolutórias. Trata o arrazoado da alegação de inimputabilidade do réu diante do Conselho de Sentença, e da necessidade de desdobramento do quesito absolutório para assegurar a dupla garantia que representa o Tribunal Popular: que o acusado de crime contra a vida seja julgado por seus pares, e que o povo exerça poder soberano de julgamento desses crimes.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Lei nº 11.689/2008. Quesitação. Absolvição. Inimputabilidade.

Sumário: Introdução. 1 O Tribunal do Júri na Constituição Federal de 1988. 2 A Inimputabilidade e a Teoria Analítica do Crime. 3 O Quesito Absolutório Previsto no Artigo 483 do CPP. 3.1 A Inimputabilidade Alegada diante do Tribunal do Júri. 3.2 A Inimputabilidade dentro do Quesito Absolutório. 4 A Inimputabilidade fora do Quesito Absolutório. 5 Conclusão. Referências.

Introdução

Mais de seis anos se passaram desde a vigência da Lei nº 11.689, de 10 de junho de 2008, que reformulou todo o processo perante o Tribunal do Júri com ênfase clara no sistema de formulação de quesitos ao Conselho de Sentença. Questões mais

prementes foram debatidas à miúdo e restaram razoavelmente estabilizadas pela dogmática. Ou seja, naquilo que a redação da lei gerou mais controvérsia, a doutrina e a jurisprudência cuidaram de fixar conteúdo normativo, garantindo a segurança imprescindível para a aplicação da lei penal.

Esse é o caso, por exemplo, da obrigatoriedade da formulação do quesito absolutório. Após ferrenho debate, fixou-se o entendimento de que, independente das teses expostas em plenário, o quesito absolutório deverá ser formulado. Ainda que, paradoxalmente, alguns julgados, em grau de recurso, anulem o júri quando há resposta afirmativa ao quesito de absolvição sem que a defesa tenha alegado, expressamente, alguma tese absolutória em plenário.

Existem, porém, muitas questões que não geraram grande discussão por ocasião da positivação da lei, e por isso restaram pouco aprofundadas. Como sói ocorrer no mercado editorial brasileiro, multiplicaram-se as abordagens mais superficiais, ao estilo de comentários à lei. Passado o interesse inicial, pouco ou nada se produziu a respeito da Lei nº 11.689/2008 e da nova disciplina processual e procedimental do Tribunal do Júri.

Os profissionais que militam na área, sejam os magistrados que funcionam como o juiz-presidente togado do Tribunal Popular, sejam promotores de justiça e advogados, frequentemente se deparam com questões espinhosas e acabam por se socorrer de soluções que parecem valer mais pelo costume da reiteração,

do que propriamente de uma dogmática que permita segurança jurídica adequada.

O presente arrazoado pretende tratar da alegação de inimputabilidade do acusado submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri. A pesquisa da literatura indica que houve alguma publicação a respeito do tema no momento da edição da Lei nº 11.689/2008. Passado o interesse inicial, no entanto, muito pouco foi escrito a respeito.

A relevância do tema pode ser medida pelo acórdão no *Habeas Corpus* 87.614/SP (BRASIL, 2007), que antecedeu a promulgação da lei. Nesse acórdão, os Ministros Marco Aurélio, de um lado, e Carlos Ayres Brito, de outro, discutiram acerca da possibilidade de o juiz togado decidir pela absolvição sumária do acusado e, sem veredito popular, impor medida de segurança.

A nova redação do artigo 483 do Código de Processo Penal trouxe a previsão de um único quesito, que deve amalgamar todas as teses de absolvição. Dessa previsão surge a situação do réu que, diante do Tribunal do Júri, tem sua inimputabilidade arguida. Como interpretar a absolvição nesse caso? E, sobretudo, quem interpretará essa decisão, exarada por um tribunal leigo que, por excelência, não motiva as suas decisões?

Algumas sugestões foram formuladas para o problema. Numa delas, pouco defendida, após a absolvição, quando houver tese de inimputabilidade, caberá ao juiz-presidente interpretar a decisão e, se for o caso, imputar medida de segurança ao réu. As soluções com mais adeptos passam por desdobrar o quesito

absolutório nesse caso. Alguns propõem desdobramentos sucessivos, outros propõem que somente deverá haver desdobramento quando houver mais de uma tese de absolvição.

Exploradas as diversas propostas para solução da questão, conclui-se pela formulação de um quesito não previsto em lei, a ser decidido pelos jurados quando houver resposta negativa à absolvição. Essa foi, de fato, a proposta majoritária desde que a nova redação do artigo 483 tornou-se vigente.

No entanto, a formulação, a redação e as hipóteses de utilização desse quesito *ultra legem* precisam estar amparadas em dogmática consistente. A segurança jurídica daqueles que se veem diante do Tribunal Popular depende disso, e o presente texto pretende trazer alguma contribuição nesse sentido.

1 O Tribunal do Júri na Constituição Federal de 1988

O reconhecimento constitucional da instituição do Júri com a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, bem como sua previsão no artigo 5º, que compreende os direitos e deveres individuais e coletivos, deve ser interpretado historicamente dentro do contexto da promulgação da Carta de 1988, com a finalidade de apreender corretamente todas as suas implicações jurídicas.

Art. 5º. XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;

- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; [...] (BRASIL, 1988).

Tratada como garantia, a instituição do Júri, ao lado dos demais direitos fundamentais, ganhou importância dentro do estado democrático de direito erigido nos escombros da ordem autoritária da Constituição de 1969. Vislumbra-se neste reconhecimento constitucional uma reserva de poder ao povo (art. 1º, parágrafo único) diante do Estado-Juiz.

Ou seja, a instituição do Júri veicula dupla garantia: ao réu, de se ver julgado por seus pares; e ao povo, de se ver representado pelos cidadãos que compõem o Conselho de Sentença e julgam aqueles que cometeram crimes dolosos contra a vida.

A Constituição de 1967, da mesma forma que sua Emenda Constitucional nº 1, previa, no artigo 150, §18º, a manutenção da instituição do Júri, de sua soberania e a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. Da mesma forma havia feito a Constituição de 1946 em seu artigo 141, §28. Na verdade, dentre todas as cartas constitucionais brasileiras, aí incluída a Constituição de 1824 outorgada pelo imperador, apenas a malfadada Constituição de 1937 deixou de prever a instituição do Júri, e foi sob a égide desta que o Código de Processo Penal foi positivado, por meio do decreto-lei 3.689, de 1941.

Veio em boa hora, portanto, a Lei nº 11.689/2008, formulada, discutida e positivada sob a vigência da Constituição Federal de 1988. Daí a extrema relevância da interpretação

constitucionalista do instituto, ou seja, a interpretação das normas que regem o processo penal diante do Tribunal do Júri, previstas nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal, em cotejo com o texto constitucional que reconhece como direito fundamental a instituição do Júri, sua competência, a soberania de seus vereditos, o sigilo das votações e a plenitude de defesa.

A organização do Tribunal do Júri, reza o inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, é disciplinada por lei ordinária. Para além do que diga a literalidade da lei em questão, as normas deverão respeitar uma ideia de fundo, com a finalidade de não esvaziar o instituto. O julgamento dos crimes dolosos contra a vida é, de um lado, uma reserva de poder ao cidadão diante do Estado-Juiz e, de outro, direito individual do réu de ser julgado acerca das imputações de crimes dolosos contra a vida pelos seus pares, representados pelo Conselho de Sentença.

2 A Inimputabilidade e a Teoria Analítica do Crime

Os crimes dolosos contra a vida, cujas hipóteses estão previstas nos artigos 121 a 128 do Código Penal Brasileiro, compreendem o homicídio em suas diversas formas, com exceção da modalidade culposa prevista no art. 121, §3º; a instigação, o induzimento ou o auxílio ao suicídio, que dogmaticamente é uma tipificação da participação em suicídio ou tentativa de suicídio alheio; o infanticídio, que é em essência uma modalidade muito privilegiada de homicídio; e, por fim, o abortamento, seja ele

praticado pela grávida contra seu feto, seja ele praticado por terceiro com ou sem consentimento da gestante.

Analiticamente, o crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Partindo-se de uma agressão dolosa contra a vida alheia, conforme tipificada na lei penal, o reconhecimento de quaisquer circunstâncias que excluam a antijuridicidade da conduta ou a culpabilidade do agente tornam o crime inexistente e implicam a absolvição do acusado.

As causas de justificação da conduta estão previstas no artigo 23 do Código Penal brasileiro, quais sejam: a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito. Quando reconhecidas, embora típica a conduta, não haverá crime.

Devemos ter presente que a antijuridicidade não surge do direito penal, mas de toda a ordem jurídica, porque a antinormatividade pode ser neutralizada por uma permissão que pode vir de qualquer parte do direito: assim, o hoteleiro que vende a bagagem de um freguês, havendo perigo na demora em acudir a justiça, realiza uma conduta que é típica do art. 168 do CP, mas não é antijurídica, porque está amparada por um preceito permissivo que não provém do direito penal, e sim do direito privado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 489).

Nos crimes contra a vida, se por um lado a magnitude do bem jurídico tutelado impõe severas restrições às causas de justificação, por outro, o julgamento leigo e não motivado do Conselho de Sentença abre-lhes espaço. É da natureza do julgamento pelo

Tribunal Popular que causas supralegais de justificação possam ser reconhecidas. Conquanto isso cause grande celeuma político-criminal, a soberania dos vereditos prevalece, e não há espaço para maiores discussões dogmáticas.

Reconhecidas a tipicidade e antijuridicidade, passa-se a análise da culpabilidade. A doutrina penal está de acordo que o fato antijurídico deve poder ser imputado ao seu autor (MIR PUIG, 2007, p. 409), e a doutrina e jurisprudência penal brasileira em especial adotam, de forma quase unânime, a teoria finalista do delito¹, do que resulta uma concepção puramente normativa da culpabilidade. Nesse sentido, culpável é o autor imputável, que possuía potencial conhecimento da ilicitude de sua conduta, quando lhe era exigível agir de forma diversa.

A consequência do não reconhecimento de quaisquer das condições de imputação do fato típico e antijurídico ao seu autor será, uma vez mais, a absolvição. Ou seja, reconhecida a inimputabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa ou a ausência de potencial conhecimento da ilicitude do fato, o réu deverá ser absolvido.

Porque implicam absolvição, tanto as causas de justificação

¹ O Código Penal Brasileiro não é todo orientado pelo pensamento finalista, e mesmo a disciplina acerca da culpabilidade é, em si, errática. Nada obstante, a competência constitucional do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida pressupõe, de alguma forma, o dolo como elemento do tipo. Isso porque, ao contrário, investigar o dolo como elemento da culpabilidade traria ao sistema uma dose intolerável de insegurança: somente após a análise da culpabilidade estaria determinada a competência constitucional do júri e, por tanto, afastada a hipótese de desclassificação do delito para julgamento por um juiz singular togado.

da conduta quanto as causas que excluem culpabilidade deveriam ser arguidas aos jurados mediante o quesito absolutório. A ausência de antijuridicidade, em qualquer de suas possibilidades, a inexigibilidade de conduta diversa e ausência de potencial conhecimento da ilicitude do fato, quando assim reconhecidas pelo Conselho de Sentença mediante resposta afirmativa ao quesito absolutório, não geram qualquer discussão dogmática. O réu sairá da sessão plenária absolvido.

A inimputabilidade é tratada nos artigos 26 a 28 do Código Penal brasileiro. Os menores de 18 anos são inimputáveis e, de fato, sequer respondem ao processo-crime, devendo-lhes ser aplicada a legislação correlata ao Estatuto da Criança e do Adolescente. No hipotético (e absurdo) caso de um menor de 18 anos ser submetido ao Conselho de Sentença, porque existia dúvida quanto a sua idade na data do crime, os jurados, ao responderem afirmativamente o quesito absolutório, o terão absolvido. Não há qualquer questão a ser debatida.

Diferente é a, assim chamada, absolvição imprópria, reservada aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, porque eram, ao tempo do crime, inteiramente incapazes de entender o seu caráter ilícito ou de se determinarem de acordo com esse entendimento.

A inimputabilidade é a consequência jurídica de um fato: ser o acusado do cometimento de um determinado crime portador de moléstia mental que lhe impeça de compreender a ilicitude do que fez ou de se determinar de acordo com essa compreensão.

Conquanto acarrete absolvição, o reconhecimento da inimputabilidade nesses casos reserva aos acusados a medida de segurança, daí ser chamada de absolvição imprópria. Embora não seja pena propriamente dita, a medida de segurança encerra restrição severa ao direito de ir e vir do absolvido. Portanto, não é recomendável tratá-la da mesma forma que as demais causas de absolvição.

3 O Quesito Absolutório Previsto no Artigo 483 do Código de Processo Penal

Fonte inesgotável de nulidades, os intermináveis desdobramentos das teses apresentadas pela defesa deixaram de ser quesitados. Essa foi a grande inovação da Lei nº 11.689/2008, que deu nova redação ao artigo 483 do Código de Processo Penal e amalgamou todas as teses absolutórias em um único quesito.

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados

os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

§ 3o Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4o Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2o (segundo) ou 3o (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5o Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

§ 6o Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas (BRASIL, 1941).²

De fato, prevê o inciso III acima transcrito a pergunta fundamental a ser feita em todos os julgamentos em sessão plenária: se o acusado deve ou não ser absolvido. Conforme dispõe o parágrafo segundo, respondidos afirmativamente os quesitos acerca da materialidade e da autoria, e não desclassificado o crime para outro de competência do juízo singular togado, deverá ser arguida ao Conselho de Sentença a possibilidade de absolvição.

Trata-se do único quesito com redação expressa em lei, trazida ao final do parágrafo segundo, e deve dispor: “O jurado

² Redação da Lei 11.689, 2008.

absolve o acusado?” Daí ser corriqueiramente chamado, na *práxis* forense, “quesito legal”.

A ideia foi simplificar o procedimento e facilitar a resposta dos jurados, que afinal são leigos, quando sua decisão soberana for absolver o acusado. Basta responder sim ao referido quesito, seja porque não vislumbram antijuridicidade na conduta do réu, seja porque não vislumbram a presença de quaisquer das condições para imputar ao réu responsabilidade pela conduta criminosa. Em outras palavras, sempre que o jurado divisar causa excludente da antijuridicidade da conduta ou causa excludente da culpabilidade do réu responderá sim ao quesito absolutório e fará valer sua soberana decisão.

Com relação à antijuridicidade da conduta, a técnica de um único quesito para as teses defensivas não gera qualquer celeuma. Muito ao contrário, deixa todos com poucas saudades das diversas perguntas em sequência, necessárias para o reconhecimento de que houve legítima defesa por parte do réu e, portanto, não há crime.

As questões pertinentes à inexigibilidade de conduta diversa e à ausência de potencial conhecimento da ilicitude do fato, conquanto gerem diversos debates dogmáticos diante da ausência de sua previsão legal, cedem nesse particular à soberania dos vereditos. Aqui, como juízes do fato, o importante terá sido a eventual decisão absolutória tomada pelos jurados. Os menores de 18 anos sequer responderão ao processo-crime, conforme disposto no artigo 27 do Código Penal.

A questão que se impõe fundamental é acerca da inimputabilidade prevista no artigo 26 do Código Penal. Ou seja, quando o Conselho de Sentença reconhecer que o réu é portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e, por isso, era, ao tempo do fato do qual é acusado, totalmente incapaz de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de se determinar segundo esse entendimento. Como constatar essa inimputabilidade, diante do Tribunal do Júri?

3.1 A Inimputabilidade Alegada diante do Tribunal do Júri

Após analisar a literatura produzida sobre a formulação de quesito aos jurados acerca da inimputabilidade do acusado, é possível vislumbrar duas linhas principais de solução para a questão. De um lado, poucos advogam a discricionariedade do juiz-presidente, que diante da resposta afirmativa ao quesito absolutório imporá medida de segurança. Competiria ao juiz togado interpretar a decisão de absolvição dos jurados como decorrente de sua inimputabilidade.

Walfredo Cunha Campos caminha nesse sentido, de que caberá ao juiz togado singular a decisão acerca da inimputabilidade, quando os jurados houverem respondido afirmativamente ao quesito absolutório:

No caso de sentença absolutória imprópria (absolvição com medida de segurança) prevista no art. 492, II, 'c', do CPP, deverá o juiz especificar o período mínimo da internação ou

tratamento ambulatorial, sob pena de nulidade, por ausência de fundamentação (CAMPOS, 2014, p. 298).

Por outro lado, a maioria dos doutrinadores que escreveram a respeito do tema propõe a necessidade de novo questionamento aos jurados após a apresentação do quesito legal. Quesito ou quesitos autônomos, não previstos e lei, deverão ser formulados quando houver alegação de que o réu é inimputável.

Guilherme de Souza Nucci propõe que, após a resposta negativa ao quesito absolutório, quando, e apenas quando, houver mais de uma tese de absolvição, os jurados devem ser chamados a responder acerca da inimputabilidade em um quesito autônomo. Referindo-se ao quesito absolutório, leciona:

Este passa a ser o quesito único, que reúne todas as teses de defesa, visando à absolvição do réu. Por isso, se, em plenário, a defesa alegou, exclusivamente, a inimputabilidade do acusado, com base no art. 26, *caput*, do CP, insere-se neste contexto, sem especificação. Porém, se a tese defensiva principal é diversa, vale dizer, pretende-se obter a absolvição do agente por legítima defesa, por exemplo, evitando-se a aplicação da medida de segurança, há a necessidade de se inserir a questão da inimputabilidade, constituindo tese subsidiária, e quesito autônomo (NUCCI, 2013, p. 345).

Ou seja, para Nucci, quando apenas a tese da inimputabilidade for veiculada pela defesa em plenário não há necessidade de desdobrar o quesito absolutório, já que de antemão se saberia o porquê de haverem os jurados absolvido

o acusado. Paulo Rangel (2001, p. 247) não distingue a hipótese de haver, ou não, tese alternativa. Propõe que o quesito absolutório seja desdobrado com a quesitação aos jurados acerca da inimputabilidade do acusado, no caso de não ter havido absolvição plena.

Thiago André Pierobom de Ávila (2008) propõe, por outro lado, que, uma vez respondido afirmativamente ao quesito absolutório, serão necessários novos quesitos que indiquem a motivação pela qual o jurado absolveu o réu. Seriam feitos, assim, sucessivamente, quesitos acerca da tipicidade, da antijuridicidade e, por fim, da inimputabilidade. Somente em caso de resposta afirmativa acerca da tipicidade e da antijuridicidade, é que os jurados seriam chamados a responder sobre a existência – ou não – de inimputabilidade em razão de deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto.

Se houver sustentação da tese de inimputabilidade, caso os jurados absolvam o réu, o juiz deverá formular quesitos adicionais para esclarecer o fundamento da absolvição. Isso porque se a absolvição for decorrente de atipicidade ou excludente da ilicitude, a votação deve parar. Todavia, se superados estes quesitos, os jurados afirmarem negativamente ao quesito “ao tempo do fato, o réu possuía capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento? (CP, art. 26) haverá a imposição da medida e segurança (ÁVILA, 2008, p. 2).

3.2 A Inimputabilidade dentro do Quesito Absolutório

Numa leitura estrita da Lei nº 11.689/2008, porque se trata de absolvição advinda da inimputabilidade, estar-se-ia diante de uma questão a ser solucionada mediante resposta dos jurados ao quesito absolutório. Nada obstante, a absolvição por inimputabilidade prevista no artigo 26 do Código Penal Brasileiro enseja a imposição de medida de segurança nos termos do artigo 97 de Código Penal Brasileiro. Trata-se da, assim chamada, absolvição imprópria.

Diante de tal quadro, duas soluções se asseveram, à primeira vista, possíveis: desdobrar o quesito absolutório em dois, ainda que sem amparo expresso na legislação ordinária ou deixar ao juiz-presidente a tarefa de interpretar a decisão dos jurados e aplicar, quando for o caso, a medida de segurança.

Seguidos os expressos termos do artigo 483 do Código de Processo Penal, na redação da Lei nº 11.689/2008, após a absolvição do réu pelos jurados caberia ao juiz-presidente analisar a existência, ou não, de inimputabilidade.

Dois argumentos, contudo, indicam solução diversa. Um, de ordem constitucional, consistente no respeito à soberania dos veredictos. Outro, de ordem legal, advindo da coerência interna do sistema legal criminal.

Excluir, do âmbito de apreciação dos jurados, a ocorrência ou não de inimputabilidade significaria limitar materialmente a competência constitucional do Conselho de Sentença para julgar os crimes dolosos contra a vida. Ora, se crime é fato

típico, antijurídico e culpável, então deverão ser os jurados os responsáveis por responder, definitivamente e de forma soberana, acerca da imputabilidade do acusado.

Há, ainda, a necessidade de garantia da coerência do sistema legal. Nesse particular, o artigo 415 do Código de Processo Penal, com redação dada, também, pela Lei nº 11.689/2008, dispõe que o juiz não poderá absolver sumariamente o acusado ao final do juízo de acusação, impondo-lhe medida de segurança, quando houver outras teses defensivas.

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva (BRASIL, 1941)³.

Ou seja, referido artigo exige a apreciação da matéria pelo Conselho de Sentença, sempre que o acusado alegar teses que lhe possibilitem absolvição plena, impedindo que o juiz singular togado lhe imponha medida de segurança. Como então argumentar que será esse mesmo juiz singular togado quem decidirá acerca da imposição da medida segurança após o veredito popular? A

³ Redação da Lei 11.689, 2008.

sessão plenária seria de uma inutilidade flagrante, uma vez que, caso o Conselho de Sentença concorde com qualquer das teses de absolvição plena expostas pela defesa, poderia o juiz-presidente impor, ainda assim, a medida de segurança.

Fauzi Hassan Choukr (2009, p. 111) indica a provável origem intelectual do parágrafo único do artigo 415 do CPP, rememorando o acórdão prolatado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal aos 3 de abril de 2007, relatado pelo Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2007).

Àquela altura, o projeto da Lei nº 11.689/2008 tramitava no Congresso Nacional, e a possibilidade de absolvição sumária era regida pelo artigo 411 do CPP, que iria ser revogado, mas então dispunha:

Art. 411. O juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu, recorrendo, de ofício, da sua decisão. Este recurso terá efeito suspensivo e será sempre para o Tribunal de Apelação (BRASIL, 1941).

O *Habeas Corpus* 87.614/SP foi impetrado pela defesa de cidadão acusado de haver cometido três homicídios qualificados, sendo dois consumados. Durante a instrução da ação em primeiro grau de jurisdição, fora juntado aos autos um laudo psiquiátrico indicando a inimputabilidade do réu. Nada obstante, o juiz lhe havia pronunciado. A defesa recorreu da sentença de pronúncia ao Tribunal de Justiça de São Paulo que, diante do laudo pericial,

aquiesceu os argumentos defensivos, absolveu sumariamente o réu e lhe impôs medida de segurança.

A Procuradoria do Estado de São Paulo, então atuando na assistência judiciária diante da inexistência de Defensoria Pública organizada, assumiu a defesa do réu e impetrou *habeas corpus* contra o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo perante o Superior Tribunal de Justiça. Como o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do pedido, ao argumento de que a análise da questão exigiria cotejo minucioso de matéria fático probatória, foi impetrado novo *habeas corpus*, desta feita ao Supremo Tribunal Federal.

A defesa requereu a desconstituição da decisão prolatada no Tribunal de Justiça de São Paulo, para que o réu pudesse expor, diante do Tribunal do Júri, sua tese de inocência. Seguiu-se, em três sessões de julgamento perante a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, um caloroso debate entre o Ministro Relator Marco Aurélio e o Ministro Carlos Ayres Brito, que abriu divergência. Compuseram a turma, ainda, os Ministros Ricardo Lewandowski e Sepúlveda Pertence.

O Relator deferiu a ordem pleiteada pela defesa, desconstituindo o acórdão do Tribunal de Justiça, para que o réu fosse pronunciado e finalmente julgado pelo Júri Popular. Compreendeu o Ministro Marco Aurélio que estava em questão a garantia constitucional de o réu ser julgado pelos seus pares, ou seja, pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri.

A situação fica problemática quando se percebe que o acórdão proferido acabou por impor medida de segurança, que encerra, no campo penal, a sanção resultar na perda da liberdade de ir e vir. Em síntese, a conjugação da absolvição com a medida de segurança conflita com a soberania do Tribunal do Júri, com o direito do cidadão de somente ter a culpa assentada – e esta pressupõe o devido processo legal – após o exercício do direito de defesa perante o juiz natural – no caso, o Tribunal do Júri. Há de se definir o alcance do disposto no artigo 411 do Código de Processo Penal, em harmonia com o ditame maior da Constituição sobre a competência do Tribunal do Júri (BRASIL, 2007, p. 5).

Apontou, ainda, o Ministro Marco Aurélio que a isenção de pena, decorrente da inimizabilidade, dependia da possibilidade de punição e, portanto, de que houvesse juízo acerca da tipicidade e da antijuridicidade da conduta do réu: “Só é dado cogitar de isenção de pena após a culpa formada. Incumbe ao Tribunal do Júri decidir se ele é culpado ou não” (BRASIL, 2007, p. 3). Daí que a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo havia usurpado a competência constitucional dos jurados, decretando que o réu fora autor de fato típico e antijurídico, para então isentá-lo de pena, impondo medida de segurança em razão de sua inimizabilidade.

O Ministro Carlos Ayres Brito abriu divergência para negar a ordem. Ponderou que a medida de segurança não constitui pena e que, inclusive, a própria submissão ao julgamento perante seus pares poderia redundar em sofrimento, por si, maior que a medida de segurança imposta. Entendeu, ainda, Carlos Ayres Brito que a eventual concessão da ordem viria em prejuízo do impetrante,

sujeitando-o à possibilidade de se ver condenado ao final do julgamento diante do Tribunal do Júri, situação extremamente mais gravosa que aquela em que se encontrava.

Em face dessas considerações, devo revelar que experimento alguma dificuldade em acompanhar a premissa do ilustrado Relator, para quem a absolvição sumária, por inimputabilidade, quando acompanhada da imposição de medida de segurança, apenas é de ser decretada após a proclamação da culpa pelo Conselho de Sentença. E essa dificuldade está em que tal proposição, ao invés de favorecer, pode prejudicar o réu. Basta que o júri venha a reconhecer que ele, ora paciente, era imputável à época do fato-tipo; que dizer, era capaz de entender a natureza criminosa da conduta que voluntariamente protagonizou, de modo a assumir conscientemente os riscos jurídicos daí resultantes. O que resultaria, claro, numa elevada apenação, considerada a acusação por duplo homicídio qualificado e um homicídio tentado (BRASIL, 2007, p. 12).

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do relator, e o Ministro Sepúlveda Pertence, a divergência aberta pelo Ministro Carlos Ayres Brito. Diante do empate, já que a Ministra Carmén Lúcia não votou porque não fazia parte da Turma no início do julgamento, a ordem foi deferida, as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo foram desconstituídas e prevaleceu a decisão de pronúncia exarada em primeiro grau de jurisdição.

Para além da decisão tomada no caso concreto posto sob o julgamento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal e do profícuo debate travado entre os quatro ilustres Ministros, resultou

a nova disciplina normativa da questão. De fato, conquanto tenha prevalecido, em razão do empate, o voto do Relator, é nas razões expostas no voto divergente do Ministro Carlos Ayres Brito que se divisa, facilmente, a redação final do parágrafo único do artigo 415, dada pela Lei nº 11.689/2008.

Nesse panorama, a proposição que melhor concilia a soberania do júri com a dignidade da pessoa humana parece-me ser esta: o artigo 411 do CPP – que admite a absolvição sumária do acusado já reconhecido como inimputável – é plenamente compatível com a competência do Tribunal do Júri e é de ser aplicada pelo juiz sempre que: a) for incontroversa a inimizabilidade do agente (laudo médico não-impugnado e absolutamente taxativo quanto à falta de capacidade psiquiátrica do agente quando da ocorrência do fato-tipo); b) a defesa deixar de arguir, seja a inocência do réu (não participação do crime, *verbi gratia*), seja a incidência de causa excludente de ilicitude (BRASIL, 2007, p. 15).

É imperioso reconhecer que houve autêntica solução intermediária acerca das duas teses, mas prevaleceram muitas das considerações tecidas pelo Ministro Carlos Ayres Brito. Quando a defesa possui a inimimizabilidade como tese subsidiária, é direito do réu expor suas teses de absolvição plena aos jurados. Quando, ao contrário, além de demonstrada inequivocamente a inimimizabilidade, não houver qualquer outra tese defensiva, compete ao juiz togado absolver sumariamente o acusado, e lhe impor a medida de segurança pertinente, como pretendia o Ministro Carlos Ayres Brito no caso julgado.

Daí se observa, facilmente, o absurdo que seria submeter o acusado ao Tribunal do Júri, dando-lhe oportunidade de expor suas teses de absolvição plena para que, depois, o juiz- presidente faça o que a lei vedou no momento anterior: imponha a medida de segurança. Ora, se a lei determinou que é direito do réu expor suas teses diante de Conselho de Sentença, isso significa que as teses deverão lhe ser quesitadas. Foi disso que tratou a Lei nº 11.689/2008.

4 A Inimputabilidade fora do Quesito Absolutório

A competência constitucional do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida compreende, necessariamente, todos os aspectos fáticos do evento submetido à jurisdição popular. Diante de uma abordagem analítica do crime, sob a inspiração da teoria finalista, a culpabilidade do agente, ou seja, a possibilidade de responsabilização daquele que é submetido a julgamento, é um elemento fático de fundamental importância.

Quaisquer interpretações que restrinjam, ou pretendam restringir, o alcance cognitivo da matéria a ser submetida a julgamento nesse especial pormenor da responsabilidade do réu representariam afronta ao texto constitucional. A responsabilidade ou culpabilidade é de fundamental importância porque nela reside, justamente, o caráter de garantia fundamental da previsão constitucional do Tribunal do Júri: o direito individual de ser julgado por seus pares.

Reforça o argumento, ainda, a circunstância de que a

mesma Lei nº 11.689/2008, além de instituir o quesito absolutório obrigatório, previu que o juiz-presidente do Tribunal do Júri não poderá, ao final da fase acusatória, decidir pela absolvição fundada na inimputabilidade e impor medida de segurança, quando o acusado apresentar outra tese defensiva. O legislador, de forma clara, pretendeu prestigiar a competência do Conselho de Sentença para apreciar as diversas teses apresentadas pela defesa.

Afasta-se, dessa forma, a possibilidade de que o juiz-presidente possa, após resposta afirmativa ao quesito absolutório por parte do Conselho de Sentença, decidir pela imposição de medida de segurança. Seria, parafraseando o Ministro Carlos Ayres Brito, forçar a justiça a trilhar dois caminhos possíveis para, ao final, escolher o que mais lhe aprouvesse (BRASIL, 2007, p. 13).

A sistemática da quesitação deve ser mantida, e por isso convém analisar a redação do artigo 483 dentro do contexto em que foi determinada sua nova redação, pela lei 11.689/2008. A preocupação primeira é, nitidamente, com a clareza e simplicidade das questões a serem colocadas diante do cidadão que funciona como jurado. Leigo que é, quaisquer complicações deverão ser afastadas para que se diminua, tanto quanto possível, o desentendimento que poderia levar a julgamentos nulos por contradição ou, pior ainda, injustiças.

A reforma do Júri buscou meios para suplantar a verdadeira crise dos quesitos no Júri brasileiro, dotando o sistema de maior racionalidade e enxergando na coleta da informação mais pura

e direta do jurado, a grande essência do julgamento popular (SILVA, 2009, p. 303).

A ordem estabelecida para a quesitação deixa-se intuir facilmente. Primeiro os jurados deverão dizer se o fato criminoso posto sob julgamento ocorreu. Trata-se do quesito referente à materialidade do delito. Respondido afirmativamente, deverá ser questionada a autoria ou participação, conforme o caso. Após nova resposta afirmativa, quando houver tese neste sentido, os jurados deverão ser arguidos acerca da manutenção da sua competência, na hipótese de exclusão do dolo homicida ou de ocorrência de um crime contra o patrimônio.

Reconhecidas autoria e materialidade, e negada a desclassificação quando for o caso, a redação do artigo 483 não deixa dúvidas ou espaço para discussões hermenêuticas: aos jurados deverá ser perguntado se absolvem o réu. De fato, o quesito absolutório amalgama todas as teses expostas e não expostas em plenário, e cuja aceitação levem à absolvição do réu. Modificar, em qualquer medida, essa decisão legislativa significa subverter o sistema proposto pela Lei nº 11.689/2008, e isso deve ser evitado a todo o custo.

A resposta afirmativa, conforme se depreende, deve sempre favorecer àquele que aproveita o quesito. Dito de forma simples, quando o quesito é acusatório, a resposta afirmativa aproveitará à acusação. Quando o quesito é da defesa, a resposta afirmativa deverá aproveitar à defesa. Não é por outro motivo que o quesito

legal pergunta se o jurado absolve o réu, e não se o jurado condena o réu.

Daí que o quesito absolutório tem que manter-se incólume, qualquer que seja a proposta de quesitação para a inimputabilidade. Por isso, é de se afastar a sugestão proposta por Thiago André Pierobom Ávila (2008) de que, uma vez afirmativa a decisão absolutória, façam-se sucessivos quesitos para que os jurados indiquem se houve exclusão da tipicidade, da antijuridicidade e, por fim, se consideraram o réu inimputável. A resposta afirmativa ao quesito absolutório deverá parar o julgamento com o réu absolvido, respeitada a decisão do Conselho de Sentença.

A proposta é que o quesito absolutório mantenha seu caráter original, retirando-lhe, apenas, a hipótese da absolvição imprópria. Assim sendo, o quesito absolutório deverá abarcar todas as teses que conduzam a uma absolvição plena.

Negada a absolvição plena, aí sim, far-se-ia outro quesito, esse sem previsão legal expressa, para submeter aos jurados a tese de que o réu posto sob julgamento era completamente incapaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento em razão de moléstia mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Nesse passo, não restam mais dúvidas de que o quesito é da defesa, uma vez que a absolvição plena terá sido negada no quesito anterior. Disso se extrai que a questão deve ser posta em termos afirmativos bem como deve vir antes de qualquer das teses da

acusação que impliquem majoração de pena, sejam qualificadoras ou causas de aumento.

Poderia surgir aqui uma indagação relevante acerca da possibilidade de os jurados discordarem do laudo psiquiátrico e considerarem o réu imputável. Para afastar essa possibilidade, poder-se-ia, em princípio, atribuir ao juiz-presidente a imposição da medida de segurança quando o réu não for absolvido pelo Conselho de Sentença.

A questão retorna ao âmago da tese desenvolvida no presente arrazoado: a preservação da soberania dos vereditos e a manutenção do instituto do Tribunal do Júri em sua grandeza. Os eventuais erros judiciais decorrentes de má interpretação dos fatos pelos jurados (e a inimputabilidade decorre de uma situação de fato) devem ser resolvidos pelo recurso de apelação, nos termos do artigo 593, III, do Código de Processo Penal.

Nunca é demais lembrar, porém, que os jurados poderão contrariar o laudo, já que tampouco o juiz togado, nos processos penais submetidos ao rito ordinário, está adstrito aos termos dos laudos que lhe são apresentados. Quando contrariarem o laudo, negando a inimputabilidade proposta, e o fizerem sem qualquer apoio em outras provas juntadas aos autos, caberá o recurso de apelação. Não é mediante usurpação da competência do Tribunal do Júri que se resolverão as eventuais injustiças, senão mediante controle de legalidade pelos instrumentos já previstos na legislação regente.

Afasta-se, assim, a possibilidade de que, após o Conselho de

Sentença negar a absolvição do réu, possa o juiz togado absolvê-lo, ainda que impropriamente. Urge, portanto, a formulação de quesito acerca da inimputabilidade pleiteada pela defesa como tese subsidiária. A redação deve seguir os termos do artigo 26 do Código Penal.

Artigo 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

Da mesma forma que se recomenda para os demais quesitos, tratar-se-á de quesito fático e concreto. Assim sendo, deverá, conforme a tese defensiva tenha sido ventilada, ser questionada a existência de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Deverá ainda ser questionado se o réu era inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta, ou se era inteiramente incapaz de determinar-se segundo esse entendimento.

Respondido afirmativamente o quesito, terá prosperado a tese subsidiária da defesa, e o réu será absolvido porque inimputável, competindo ao juiz togado a fixação da medida de segurança adequada ao caso. Respondido negativamente, então o julgamento segue com os demais quesitos pertinentes.

Dessa forma, o que se propõe é a manutenção da organicidade do processo penal perante o Tribunal do Júri, com a preservação

de sua competência constitucional e da garantia do réu de ser julgado por seus pares.

5 Conclusão

Ao final da primeira fase da ação penal que investiga o cometimento de crime contra a vida, ao magistrado togado é vedada a possibilidade de absolver sumariamente o acusado e lhe impor medida de segurança quando o réu veicula outra ou outras teses defensivas além da inimputabilidade. Assim reza o parágrafo único do artigo 415 do Código de Processo Penal na redação da Lei nº 11.689/2008.

A previsão pretende poupar o réu confesso cuja inimputabilidade está provada já na instrução processual do flagelo que é ser submetido ao Júri Popular sem, contudo, negar ao réu não confesso o direito de expor suas razões ao Conselho de Sentença. Disso decorre, por imperativo de coerência do sistema, que as teses do réu sejam, efetivamente, analisadas pelos jurados.

O quesito obrigatório, previsto no parágrafo segundo do artigo 483, pretendeu reunir todas as teses de absolvição, com a resposta dos jurados a uma pergunta direta e de fácil compreensão. Dessa forma, a Lei nº 11.689/2008 almejava a simplificação do rito diante dos jurados leigos, prestigiando a soberania popular.

Assim, conquanto o acusado possa expor as diversas teses de defesa que pretenda diante dos jurados, somente uma pergunta seria feita: se o jurado absolve o réu. Após se ver submetido

formalmente ao Tribunal do Júri, o destino do acusado voltava de novo às mãos do magistrado togado, que poderia impor-lhe medida de segurança em que pese a absolvição decidida pelo Conselho de Sentença.

Impõe-se, portanto, a necessidade de compatibilizar as disposições da Lei nº 11.689/2008, aparentemente contraditórias entre si. A solução passa, evidentemente, pela garantia de que o Tribunal do Júri mantenha incólume sua competência, que foi fixada constitucionalmente, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Sobretudo, deve ser respeitada a soberania dos veredictos.

A proposta é manter o quesito absolutório intocado, porque se trata da pedra angular do sistema. Retirar-se-ia dele, apenas, a inimputabilidade, ou seja, a hipótese de absolvição imprópria. Todas as teses que levem à absolvição plena mantêm-se amalgamadas no quesito legal.

Negada a absolvição plena, quando houver tese de inimputabilidade a ser debatida, far-se-á o quesito específico para esse fim, não obstante a ausência de previsão de tal quesito no artigo 483. Na forma de uma proposição direta, concreta e afirmativa, indagar-se-á ao Conselho de Sentença se o acusado era, ao tempo da conduta criminosa imputada, inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do que fazia ou de determinar-se conforme esse entendimento.

Afasta-se, assim, a possibilidade de que o juiz togado imponha medida de segurança àquele que o Tribunal Popular

tenha considerado inocente, garantindo ao réu o direito efetivo de ver suas teses apreciadas e decididas pelo Conselho de Sentença. Garante-se, ao mesmo tempo, que o Tribunal do Júri mantenha intacta sua competência, decidindo soberanamente todas as questões fáticas postas diante de si.

Title: Cognitive or Moral Incapacity in Grand Jury: A Constitutional Approach to the General Exculpatory Question

Abstract: Brazilian procedural law prescribes prosecution of criminal homicide cases through a particular rite, as the Federal Constitution grants exclusive jurisdiction to a jury composed of ordinary citizens. Since the Federal Statute n. 11.689/2008, lay judges must deliberate on a general exculpatory question (“guilty or not guilty?”) - known as the compulsory query - intended to embrace all the acquittal pleas. This paper concerns motions for acquittal based on cognitive or moral incapacity. In these cases, the compulsory query must contemplate two separate questions in order to maintain the constitutional design of the Grand Jury and its two cornerstones: First, the defendant’s right to trial before his fellow citizens; Second, the constitutional value of civic participation.

Key words: Jury. Federal Statute nº 11.689/2008. Compulsory query. Acquittal plea. Moral or cognitive incapacity.

Referências

ÁVILA, Thiago André Pierobom. O novo procedimento dos crimes dolosos contra a vida (Lei nº 11.689/2008). *Jus Navegandi*, Teresina, v. 13, n. 1873, ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11596>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 11.689, de 9 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87.614-5, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, DF, 3 abr. 2007. *Diário de Justiça Elerônico*, Brasília, DF, 15 jun. 2007.

CAMPOS, Walfrido Cunha. *Tribunal do júri: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: reformas, continuísmos e perspectivas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Amaury. *O novo tribunal do júri*. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MACIEL, Raoni Parreira. A inimputabilidade diante do tribunal do júri: uma abordagem constitucional do quesito absolutório. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 373-405, 2015. Anual.

Submissão: 6/4/2015

Aceite: 18/8/15

Produção Antecipada de Prova nos Crimes Sexuais Contra Crianças e Adolescentes

Marcelo Henrique de Azevedo Souza

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT. Pós-Graduado em Direito Público pela Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira-FUNCESI.

Resumo: Pesquisa sobre adequação e necessidade de produção antecipada de prova pela modalidade de escuta especial em crimes de natureza sexual perpetrados contra crianças e adolescentes. O presente estudo científico faz, inicialmente, apontamentos sobre a relevância da prova consubstanciada na oitiva da vítima e a problemática de sua colheita tardia. Trata ainda da revitimização de crianças e adolescentes, quando submetidos a repetidas inquirições, realizadas por profissionais não especializados e sem observância às peculiaridades técnicas inerentes à oitiva de menores. Também são arroladas as modalidades de intervenção técnica sobre menores vítimas de crimes sexuais. São abordadas, ainda, em breves linhas, a temática da transitoriedade da memória, como imperativo a que a colheita de prova oral dê-se de forma mais breve possível – inclusive com a indicação dos requisitos da antecipação probatória –, e a citação de vasta jurisprudência favorável. Por fim, são apontadas as modalidades de tomada especial de declarações da vítima, com menção a experiências internacionais acerca da matéria.

Palavras-chave: Crimes de natureza sexual. Vítima menor. Prova – produção antecipada. Revitimização – oitiva especial. Transitoriedade da memória.

Sumário: Introdução. 1 Os Pecados da Memória. 1.1 Transitoriedade da Memória. 1.2 Reviver para Relembrar. 2 Intervenção Técnica. 2.1 Intervenção Punitiva Primária (IPP). 2.2 Intervenção Primária Protetora da Criança (IPC). 2.3 Intervenção Terapêutica Primária (ITP). 3 Antecipação da Prova. 4 Tomada de Declarações da Vítima. 4.1 Posição Jurisprudencial. 4.2 Experiências Estrangeiras na Oitiva Especial de Criança. 5 Conclusão. Referências. Anexo.

Introdução

A presente abordagem surgiu da observação do articulista em sua atuação funcional junto às Promotorias de Violência Doméstica de Taguatinga, Samambaia e Riacho Fundo, Regiões Administrativas do Distrito Federal, em casos envolvendo violência sexual contra menores, dada a relevância da palavra destes na formação do conjunto probatório.

A palavra da vítima, muitas vezes, apresenta-se como o único e mais veemente elemento de convicção acerca da materialidade e autoria da infração penal. Tal circunstância faz com que essa prova seja assinalada com o signo da indispensabilidade, ocasião em que entram em contraponto a problemática da potencial revitimização de um lado, e, de outro, a efetiva responsabilização penal do abusador.

Constatou-se, nestas oportunidades, que a vítima era ouvida de forma tardia. Em muitos casos, a inquirição judicial ocorria após decorridos diversos anos da data do evento criminoso. Isso porque a pendência de realização de diligências imprescindíveis no bojo do respectivo inquérito policial fazia, como sói fazer, com que o ajuizamento de atinente ação penal ficasse em compasso de espera.

Tal circunstância, não raro, comprometia a produção da prova, dada a *transitoriedade* da memória. Mormente porque, em casos tais, no mais das vezes perpetrados na clandestinidade e cercados de cautelas para evitar sua revelação, a palavra da vítima goza de acentuada credibilidade, sendo elemento de

prova, portanto, deveras relevante ao processo, de forma que seu perecimento conduziria, irrefreavelmente, à impunidade do molestador.

Para além disso e de todas as outras vicissitudes a que é submetida a memória humana – fonte de resgate das lembranças –, outro fator fez com que o articulista entendesse pela necessidade de antecipar, o quanto antes, a oitiva da vítima: o de que, em regra, todas as vítimas, sejam adultas ou crianças (mas principalmente estas), necessitam de intervenção especializada, que pode se dar sob três principais enfoques (proteção da criança, punição do abusador e terapêutico), cada qual com seu propósito específico. Muitas vezes, até mesmo pela falta de sintonia entre as agências envolvidas, determinada intervenção pode comprometer o resultado de outra, se feita a destempo.

Quanto ao mais, a providência de antecipar a atividade probatória, além de permitir que a criança atingida desincumbasse, o quanto antes, do tormentoso ônus de relatar os traumáticos eventos e, assim, retome o curso normal de sua vida, também se credencia a tutelar os interesses do acusado, na medida em que, acaso o acervo probatório antecipadamente produzido não corrobore os elementos indiciários coligidos ao final do inquérito policial, certamente poderá livrar o acusado de se ver processado a respeito, evitando, assim, que se submeta ao constrangimento inerente à persecução criminal.

Por fim, outra importante constatação referente à produção de prova consubstanciada na oitiva judicial de crianças e

adolescentes é a de que ela se dê por pessoal especializado e que sua colheita seja feita desde logo, evitando-se, assim, a repetição do ato pelas diversas agências envolvidas, de forma a afastar a ocorrência de danos secundários à vítima, decorrentes de tal reiteração. Mesmo porque, não há de se descurar da postura inquisitiva dos atores jurídicos e do ambiente aparentemente hostil da audiência judicial tradicional, o que, sem dúvidas, acarreta constrangimento à criança a ser ouvida.

1 Os Pecados da Memória

Em Berlim, um ouvinte lançou um desafio ao palestrante, o professor Von Liszt, e outro aluno saiu em defesa deste. Após discussão, um dos alunos sacou uma arma, e o outro se atracou a ele. Von Liszt entrou na contenda, e, em meio à balbúrdia, ouviu-se um disparo. O distinto palestrante pediu ordem no recinto e esclareceu que tudo não passava de encenação.

Von Liszt, então, dividiu a plateia em grupos e solicitou que cada um relatasse o que tinha visto.

Ao final do experimento, restou a seguinte constatação:

Comportamentos que não haviam acontecido foram atribuídos aos atores. Outras importantes ações não tinham sido notadas. Foram postas palavras na boca dos estudantes que discutiram, e até mesmo na boca de estudantes que nada disseram (MLODINOW, 2013, p. 73-74).

O ensaio patrocinado pelo famoso penalista demonstrou

o quanto a memória humana está sujeita a diversas vicissitudes. Isso porque:

Não registramos nossas experiências da mesma forma que uma máquina fotográfica. Nossas recordações funcionam de maneira diferente. Extraímos elementos fundamentais de nossas experiências e os arquivamos. Então recriamos ou reconstruímos nossas experiências em vez de resgatar cópias exatas delas. Às vezes, no processo de reconstrução, acrescentamos sentimentos, opiniões ou até mesmo conhecimentos obtidos após a experiência (SCHACTER, 2003, p. 21).

Dessa forma, as principais falhas da memória podem ser assim nominadas: 1) *transitoriedade* (enfraquecimento da memória com o passar do tempo); 2) *distração* (envolve a ruptura na interface entre a atenção e a memória); 3) *bloqueio* (refere-se a uma busca frustrada da informação que se está tentando resgatar); 4) *atribuição errada* (envolve referir uma memória a uma fonte errada, confundir fantasia com realidade); 5) *sugestionabilidade* (refere-se a lembranças criadas como resultado de perguntas tendenciosas, comentários ou sugestões feitos quando uma pessoa está tentando se lembrar de uma experiência do passado); 6) *distorção* (representação distorcida de um incidente específico ou mesmo de períodos inteiros da vida) e 7) *persistência* (refere-se à recordação de informações ou acontecimentos perturbadores de que se gostariam de eliminar totalmente da mente) (SCHACTER, 2003, p. 15).

Sem embargo da relevância das demais, ao presente artigo

interessa tratar, ainda que brevemente, tão somente da primeira das falhas apontadas, a saber, a transitoriedade.

1.1 Transitoriedade da Memória

O tempo é parâmetro levado em conta nas mais diversas áreas do conhecimento. Seja em cálculos equacionais próprios das ciências exatas ou em fenômenos químicos e biológicos, seja nos domínios da construção do saber filosófico¹.

Por igual, o fator tempo também se abate sobre o direito material, ora para constituí-lo (como no caso da usucapião), ora para fulminá-lo (tal qual a decadência). Assim também sobre o direito instrumental (*exempli gratia*, o prazo recursal).

No presente ensaio, os efeitos do tempo serão levados em conta não em face de qualquer consequência jurídica decorrente de sua fluência, mas sim, como já se viu, para fazer frente a uma vicissitude da memória humana.

Feita essa digressão, tem-se que a transitoriedade nada mais é do que o fenômeno a que se sujeita a memória, no qual o resgate de lembranças, vale dizer, as recordações – ou ao menos os detalhes delas – submetem-se ao perene e natural processo de esquecimento, esvaindo-se com o passar do tempo.

¹ “2º O tempo é uma representação necessária que serve de base a todas as intuições. Não se pode suprimir o tempo nos fenômenos em geral, ainda que se possa separar, muito bem, estes daquele. O tempo, pois, é dado ‘a priori’. Só nele é possível toda realidade dos fenômenos. Estes podem todos desaparecer; mas o tempo mesmo, como condição geral de sua possibilidade, não pode ser suprimido” (KANT, 1781?).

E neste tópico não se tratará de aspectos neurobiológicos e médicos em geral ligados à memória, tais como “envelhecimento”, “memória operacional”, “memória declarativa”, “não-declarativa”, transitoriedades “rápida” e “de longo prazo”, “alça fonológica”, dentre outros aprofundados conceitos próprios dessas áreas do saber².

Neste descortino, note-se que diversas experiências dão conta de que, a propósito da transitoriedade da memória, “o passado desaparece inevitavelmente com a ocorrência de novas experiências” (SCHACTER, 2003, p. 26).

Em um experimento realizado com diversos funcionários de uma fábrica, eles foram instados a responder perguntas sobre determinado dia de trabalho, tendo havido acentuada diferença entre as lembranças do dia anterior e as de uma semana. Tal resultado, segundo Schacter, é explicado pela flutuação da *curva do esquecimento*:

Em pontos relativamente iniciais da curva do esquecimento – minutos, horas, dias às vezes mais tempo –, a memória guarda recordações relativamente detalhadas, permitindo que resgatemos o passado com uma precisão razoável, senão perfeita. Mas, com o passar do tempo, os detalhes vão se apagando e multiplicam-se as oportunidades de interferências – geradas por experiências posteriores parecidas – para obscurecer as nossas recordações (SCHACTER, 2003, p. 29).

² A propósito desses e de outros conceitos, consulte: Cardoso (1997); Izquierdo (1997/1998).

Há muito tempo especialistas em psicologia do aprendizado afirmam que a transitoriedade é influenciada, sumamente, pelo que acontece quando as pessoas arquivam novas informações. E é da neurociência que se extrai singela explicação para o fenômeno:

Quando presenciamos um acontecimento ou adquirimos uma nova informação, ocorrem mudanças químicas complexas nas conexões – as sinapses – que ligam os neurônios entre si. De acordo com alguns estudos, com o passar do tempo, essas alterações tendem a se atenuar. As conexões neurais, que codificam as lembranças, podem então se enfraquecer com a passagem do tempo, repetindo talvez o traçado de curva de deterioração registrado pela primeira vez por Ebbinghaus. Caso não sejam reforçadas por um esforço posterior de recuperação e repetição da informação, as conexões ficam tão fracas que a memória acaba obstruída (SCHACTER, 2003, p. 49)³.

Aliás, o especialista adverte que, “mesmo acontecimentos pessoais significativos não estão livres do tipo de transitoriedade que caracteriza a curva gráfica do esquecimento formulada por Ebbinghaus” (SCHACTER, 2003, p. 28)⁴.

O perigo que o fluir do tempo acarreta reside no fator de

³ Muito embora, cumpre salientar, haja pesquisa apontando a *influência genética* no esquecimento: “A ideia de os lapsos serem genéticos surgiu da constatação de que, em algumas famílias, essa característica parece ser herdada” (OLIVETO, 2014b, p. 22). Ou ainda a ocorrência de *esquecimentos seletivos* (OLIVETO, 2014a, p. 20).

⁴ Formulada em 1885 pelo psicólogo alemão Hermann Ebbinghaus, a *curva do esquecimento* é a representação gráfica da deterioração da memória acarretada pelo decurso do tempo, pela qual se observa uma perda inicial rápida de lembranças, seguida por uma taxa gradualmente decrescente de perda (GERRIG; ZIMBARDO, 2005, p. 257).

que, como os detalhes vão se apagando, pululam as oportunidades de interferência, e, à falta de lembranças, tenta-se “reconstruir os detalhes por dedução e até mesmo adivinhação” (SCHACTER, 2003, p. 29)⁵, circunstância que, no campo da prova jurídico-penal, representa sério prejuízo.

Primeiro, as pessoas têm uma boa lembrança dos aspectos principais dos eventos, mas uma má lembrança dos detalhes; segundo, quando pressionadas pelos detalhes não lembrados, mesmo pessoas bem intencionadas, que se esforçam para ser precisas, sem querer, preenchem os detalhes inventando coisas; terceiro, as pessoas acreditam nas lembranças que inventam (MLODINOW, 2013, p. 75).

Mlodinow cita intrigante caso em que uma vítima de estupro, durante o ataque, examinou friamente os traços de seu algoz, concentrando-se para identificá-lo acaso sobrevivesse, e, nos dois julgamentos em que reconheceu o suposto agressor, apontou pessoa diversa, que somente se livrou do cárcere muitos anos depois, com base em exame de DNA:

No caso de Jennifer, só sabemos que a vítima confundiu seu agressor. [...] Mas é difícil imaginar uma testemunha mais confiável que Jennifer Thompson. Era uma moça inteligente.

⁵ Há pesquisa em andamento no sentido de se desenvolver um *estimulador de memória*: “Sonho de muitos mortais, apagar ou recuperar uma lembrança pode se tornar realidade graças a um grupo de pesquisadores militares que desenvolvem um implante cerebral capaz de restaurar recordações de soldados e pacientes com problemas neurológicos” (CAPLAN, 2014, p. 17).

Ficou relativamente calma durante o ataque. Estudou o rosto do agressor. Concentrou-se para se lembrar dele. Não conhecia e nem tinha qualquer prevenção contra Cotton. Mas apontou o homem errado (MLODINOW, 2013, p. 66-67).

E conclui que isso se deve, em muito, “às experiências que Jennifer tivera no tempo transcorrido depois do estupro” (MLODINOW, 2013, p. 66). Mas anote-se: “talvez a transitoriedade de longo prazo não possa ser totalmente atribuída à interferência de experiências semelhantes” (SCHACTER, 2003, p. 48).

Isso porque “a perda de informação ao longo de um período de tempo ocorre mesmo quando existem poucas oportunidades para que a interferência tenha algum efeito” (SCHACTER, 2003, p. 48).

1.2 Reviver para Relembrar

Conforme afirma a doutrina especializada, para manter a memória de qualquer acontecimento, há a necessidade de reviver mentalmente a experiência: “vários estudos de laboratório demonstraram com clareza que [...] pensar e falar sobre acontecimentos do passado melhora a memória daquele evento em comparação com experiências que não são repetidas” (SCHACTER, 2003, p. 47-48).

Dessa maneira,

Pensar e falar sobre experiências não somente ajuda a compreender o passado como também altera a capacidade de recordações posteriores. Os acontecimentos e incidentes

que discutimos e repetimos estão protegidos, pelo menos parcialmente, contra a transitoriedade (SCHACTER, 2003, p. 47).

2 Intervenção Técnica

O reconhecimento e o estudo das formas de vitimização de crianças decorrem de duas fontes distintas: a primeira delas advém do crescente movimento dos direitos da criança e, secundariamente, da preocupação com a saúde física e mental do infante.

Ao situar a questão no Brasil, diversas diretrizes de proteção da infância foram assentadas na Constituição Federal e, tempos depois, implementadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

A visibilidade necessária para a violência doméstica desencadeou um crítica ao modelo de intervenção do Estado, sobretudo no campo jurídico, pois questionou a “legalidade/legitimidade natural” de o homem agredir seus familiares (GRANJEIRO, 2013, p. 25)⁶.

Desta forma, notadamente os crimes sexuais perpetrados contra crianças e adolescentes começaram a ter maior atenção e revelação a partir da operacionalização dos Conselhos Tutelares, que passaram a receber as notificações de casos suspeitos ou

⁶ A propósito, a neonata alteração legislativa, trazida no bojo da denominada *Lei da Palmada* (Lei nº 13.010/2014), bem demonstra o constante estado de crítica a essa concepção patriarcal e patrimonialista.

confirmados de violência sexual em contexto doméstico e a dar encaminhamento a elas.

Assim, com a revelação de um caso de violência sexual, seja extra ou intrafamiliar, diversos atores passaram a entrar em cena, cada qual com um propósito determinado:

As agências de proteção à criança e os profissionais da lei intervêm de uma perspectiva normativa para proteger as crianças do abuso e para punir os perpetradores pelo crime, enquanto os profissionais da saúde mental estabelecem programas de tratamento para lidar com as sequelas psicológicas do abuso sexual da criança. As razões para intervir podem, portanto, ser puramente legais ou puramente terapêuticas, ou um mistura de ambas (FURNISS, 1993, p. 11).

A doutrina mais abalizada aponta para três tipos básicos de intervenção profissional sobre a vítima e a família, cada qual envolvendo seus membros de maneiras e com abordagens muito diferentes: Intervenção Punitiva Primária (IPP), Intervenção Primária Protetora da Criança (IPC) e Intervenção Terapêutica Primária (ITP).

2.1 Intervenção Punitiva Primária (IPP)

Refere-se a qualquer intervenção que tenha como alvo a pessoa que abusa, com o objetivo de puni-la pela conduta criminosa perpetrada:

Qualquer intervenção criminal pela polícia e tribunais é, por definição, punitiva, quando atos ilegais estão envolvidos. No

abuso sexual da criança, a Intervenção Punitiva Primária é dirigida contra a pessoa que cometeu o abuso como perpetrador que é culpado da agressão. A IPP resolve o abuso sexual na família punindo a pessoa que o cometeu, que muitas vezes é colocada na prisão (FURNISS, 1993, p. 64).

Trata-se, portanto, de intervenção de cunho criminal, levada a efeito pelos órgãos policiais e de justiça criminal.

2.2 Intervenção Primária Protetora da Criança (IPC)

Diz respeito a “todas as formas de intervenções em que a criança é o alvo da ação direta, com o objetivo declarado de proteger seu desenvolvimento físico, emocional e moral e seu bem-estar enquanto vítima” (FURNISS, 1993, p. 65).

Os serviços sociais incumbem-se desta modalidade interventiva.

2.3 Intervenção Terapêutica Primária (ITP)

Trata-se de modalidade de intervenção que objetiva “tratar o trauma psicológico individual e modificar os relacionamentos familiares” (FURNISS, 1993, p. 66), lidando, dessa forma, com as sequelas psicológicas decorrentes do abuso.

Feita esta abreviada súmula das modalidades interventivas profissionais, cada qual com a respectiva objetividade a zelar, logo se vê que os profissionais atuantes, no afã de proteger, de punir, ou mesmo de lidar com as sequelas do abuso, muitas vezes promovem abordagens incompatíveis entre si, fazendo com

que uma ou várias das vertentes da intervenção não atinjam seu propósito.

É que, de um lado, podem estar profissionais qualificados e experimentados nas questões criminais e nos aspectos de proteção à criança, mas que são incapazes de identificar os problemas de ordem psicológica no abuso. Doutra banda, há terapeutas extremamente traquejados na remoção do dano emocional, mas que não sabem como lidar com aspectos normativos que circunscrevem a questão.

Em razão disso, “tradicionalmente, as intervenções legais e normativas têm sido consideradas como sendo incompatíveis com as abordagens terapêuticas” (FURNISS, 1993, p. 11).

Essa alteração profissional, por vezes, para além de danos secundários à vítima, pode, como dito, inviabilizar que uma das modalidades de intervenção atinja seu propósito, o que, sem dúvida, trará prejuízo a um desses vieses de atuação:

A assistente social pode se identificar com aspectos de proteção à criança que podem parecer colidir com os objetivos terapêuticos representados por um psiquiatra infantil, que por sua vez podem parecer incompatíveis com aspectos criminais do caso representados pela polícia (FURNISS, 1993, p. 63).

E o viés por demais sensível a tais conflitos na rede profissional é o da responsabilização criminal do agressor. Isto porque o processo penal, como conjunto normativo de garantia, cerca de prerrogativas processuais o indivíduo inculcado e

assegura-lhe que, ao menor titubeio, uma prova que, sob o aspecto terapêutico, confirme a prática abusiva, torne-se imprestável ou insuficiente para um édito condenatório.

3 Antecipação da Prova

A experiência prática demonstra que, no mais das vezes, a criança e o adolescente geralmente são submetidos a sucessivos depoimentos nas diversas fases investigatórias e processuais (na Polícia, no Conselho Tutelar, no Setor de Atendimento Psicossocial, e, por fim, em juízo) (SANTOS; GONÇALVES, 2009, p. 47), de forma que, antecipando judicialmente a prova oral apontada, elide-se a necessidade de coleta de outro depoimento da mesma vítima sobre idêntica base factual:

O setor especializado deste Tribunal tem entendimento reiterado no sentido de que a “revitimização de crianças e adolescentes intimadas a depor em processos judiciais que investigam denúncias de abuso sexual consistem em fazer com que a vítima reviva, por meio da fala e da lembrança dos fatos, o trauma ocorrido. Tal fato pode ser caracterizado como um dano psíquico. Cada vez que a vítima é colocada numa situação em que precisa relatar novamente o que lhe aconteceu, corre-se o risco de suscitar um quadro típico de situações traumáticas, com efeitos adversos na área emocional, social e comportamental”. (DESPACHO Nº 2774-8/11 – Processo nº 2012.06.1.001119-9; Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Sobradinho; Juíza de Direito: Mônica Iannini Malgueiro; DJDF nº 16/2012, de 23/01/2012, p. 998).

Para além disso, a antecipação probatória permite que a criança atingida desincumba-se, o quanto antes, do tormentoso ônus de relatar os traumáticos eventos e retome o curso normal de sua vida, de forma que, assegurada previamente a intervenção punitiva na espécie, os objetivos terapêutico e protetivo próprios das demais modalidades de intervenção igualmente terão mais chances de êxito, eis que livres das frequentes incompatibilidades decorrentes da abordagem legal e normativa do episódio.

Por tais circunstâncias, estudos comparativos revelaram que “em um grande contingente de países, o depoimento é videogravado na fase inicial da investigação, momento em que as provas já estão sendo judicializadas” (SANTOS; GONÇALVES, 2009, p. 47).

Dando um giro, não há de se desconsiderar, ainda, que a providência antecipatória reivindicada, além de se vocacionar à proteção da vítima, conforme já apontado, credencia-se a tutelar os interesses do acusado.

A uma, porque, repise-se, assegura o contraditório e a idoneidade da prova, uma vez que o relato da vítima feito em data mais próxima possível da comunicação dos acontecimentos facilita o resgate e a preservação da memória quanto aos fatos, seu contexto e circunstâncias, sem, portanto, condicionar tal coleta ao encerramento das investigações.

A duas, porque permitirá, de logo, se o caso, identificar com melhor acuidade e segurança, a existência de traços de

eventual manipulação da criança por terceiros (distorção, sugestibilidade, etc.).

Referida situação, uma vez confirmada, seria convertida em benefício processual ao investigado, que se veria livre da acusação formal do Ministério Público pela prática de crime.

A três, porque acaso a prova antecipadamente produzida não corroborasse os elementos indiciários coligidos ao final do inquérito policial, certamente poderia livrar o acusado de se ver processado a respeito, evitando-se, assim, que se submeta ao constrangimento inerente à persecução criminal:

Há, demais disso, um aspecto de extrema relevância para os interesses do paciente, do qual a impetrante não se deu conta. É que, em situações de violência sexual, não se pode excluir a possibilidade de interferências externas no depoimento da criança, quer por seus familiares mais próximos, quer por pessoas nem sempre suficientemente treinadas para o trato de assunto tão delicado. Não se exclui, até, a possibilidade de ocorrência, em casos de abuso sexual, de situação em que a mãe ou o pai da criança a utiliza como instrumento de manipulação de sentimentos, até mesmo como meio para causar dano à imagem do cônjuge. Não há o menor indício de que tal situação se amolde ao caso concreto, mas apenas se mostra imperioso destacar que o depoimento prestado pouco tempo após o relatado abuso sexual minimiza os riscos de interferências externas no depoimento da criança. (20110020113633HBC, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, julgado em 14/07/2011, DJ 29/07/2011, p. 188)⁷.

⁷ Excerto extraído do voto do Relator.

Assentadas essas ideias, anote-se que abalizada doutrina bem sumariza os requisitos necessários à antecipação probatória:

Há dois requisitos intrínsecos, relativos à prova a ser produzida: urgência e relevância. Sustentam-se três requisitos extrínsecos, relativos à medida cautelar proposta: necessidade, adequação e proporcionalidade. Os cinco precisam ser analisados pelo magistrado, além, obviamente, das demais condições gerais da petição inicial e da ação cautelar. Se estiverem presentes todos os requisitos, defere-se a produção antecipada de provas, determinando-se a intimação dos interessados e tomando-se as providências cabíveis para a sua realização (designação de audiência, com intimação da testemunha, nomeação de perito etc) (NUCCI, 2013, p. 44-45).

Com efeito, observe que o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal permite a realização de prova relevante e urgente, mesmo antes de iniciada a persecução criminal.

No ponto, a relevância decorre da própria importância que assumem, em casos de esclarecimento de suspeitas de eventuais crimes sexuais contra crianças ou adolescentes, a coleta e o exame da palavra da vítima, uma vez que seu relato goza de especial importância, porque se está, quase que na totalidade das vezes, diante de fatos cometidos em situação de deliberada ocultação pelo agente, inexistentes quaisquer testemunhos diretos.

A urgência, no caso, evidencia-se pela própria condição dos menores envolvidos e da vulnerabilidade decorrente da pessoa em desenvolvimento. O decurso de tempo é irrefreável e, no mais

das vezes, sua dilação impossibilita o resgate dos fatos, dada a já estudada transitoriedade da memória.

Em suma: a urgência é evidenciada pela possibilidade de o transcurso do tempo prejudicar a memória do menor, salientando-se a grande importância dos detalhes nessa espécie de crime; a relevância decorre do fato de que tais delitos são praticados, geralmente, sem testemunhas oculares, despontando, o depoimento da vítima, como prova essencial.

Demais disto, os requisitos de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade* mostram-se presentes em fatos desta natureza.

Como visto, trata-se de providência mais adequada ao fim a que se pretende alcançar, à medida que, além de possibilitar o alcance da verdade material com o menor gravame à vítima, pode, prestigiando também os interesses do agente, tornar desnecessária posterior persecução criminal.

Necessária, pois, a espécie de infração criminal aqui versada exige, efetivamente, completo esclarecimento, e em tempo hábil, afastando-se, assim, a possibilidade de revitimização da criança molestada, à conta de eventual oitiva sucessiva e tardia.

Também, diante da gravidade do fato-crime tratado, a cautela apontada guarda plena proporcionalidade com o fim colimado.

4 Tomada de Declarações da Vítima

Nos casos de crimes envolvendo crianças, notadamente nos de natureza sexual, a palavra da vítima goza de especial relevo e credibilidade, mesmo porque, iterativo é que, para além de o acusado, em regra, negar as imputações, não há testemunhas do fato.

Com efeito, a oitiva da vítima está disciplinada no art. 201 do Código de Processo Penal, e muito pouco tal estatuto diz a respeito, de forma que a sistemática utilizada é a mesma que disciplina a inquirição de testemunhas em geral.

De igual forma não existem normas ou procedimentos específicos para a tomada de declarações de vítima criança ou adolescente.

Além disso, crianças e adolescentes ostentam nível cognitivo, intelectual, psicológico e social distinto dos adultos, reclamando, pois, procedimento que leve em consideração sua especial e peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Aliás, note-se que o próprio Código Instrumental prevê que o interrogatório do acusado ou a oitiva de testemunha em condições especiais (surdo-mudo ou estrangeiro que não conheça o idioma português) serão tomados por intermédio de intérpretes (artigos 192, 193 e 223), de forma que, estando também a criança e o adolescente em situação especial, nada mais coerente que sua escuta, igualmente, dê-se por intérprete especializado.

Destarte, mesmo para menores em conflito com a lei, o

Estatuto da Criança e do Adolescente contempla, dentre uma série de diretivas principiológicas asseguradas ao infrator, a oitiva do infringente “em separado” (inciso XII, art. 100) e, *a fortiori*, tal providência deverá ser tomada quando se tratar de vítima criança e/ou adolescente.

Assim, tomar o depoimento de uma criança não é o mesmo que fazê-lo com vítimas adultas. Ao lado da preparação psicológica, o inquiridor deve possuir conhecimentos que superem o saber técnico-jurídico.

No ponto, o percuciente processualista Barbosa Moreira, ao lapidar escrito do ano de 1988, já advertia:

[...] 8. A esta altura, o leitor decerto se estará perguntando se todo processualista, para o ser plenamente, além de dominar a técnica jurídica e de acompanhar, com atenção infatigável, o que se passa no dia a dia dos juízos, tem de ser, também, um experto em ciência da administração, em economia, em sociologia, em ciência política e em quantos ramos do conhecimento humano porventura se refiram a aspectos do fenômeno processual. [...] Não há quem não perceba que essa seria, ao menos para o comum dos mortais, uma exigência praticamente impossível de cumprir. [...] Além disso, é temerário, sem adequada preparação, aventurar-se no domínio de ciências cujo aprendizado normalmente não integra, senão em diminuta medida, a formação cultural do processualista. E assim arremata o insigne professor: Não há exigir do processualista que faça, com igual desenvoltura, as vezes do sociólogo, do economista, do cientista político, etc. Exige-se dele, porém, antes de tudo, humildade intelectual suficiente para aceitar o fato de que a sua visão de técnico não penetra a inteira realidade do universo

processual, e de que a sua palavra de técnico não é a única, nem a última, que merece ser ouvida a respeito dos assuntos da Justiça. Dele se exige, ainda, que mantenha a cada instante uma atitude de disponibilidade mental, capaz de fazê-lo receptivo a “propostas” de outros quadrantes científicos (MOREIRA, 1988, p. 7-14).

Portanto, é impositivo que a escuta da criança se dê por pessoal especializado.

Primeiramente, para se evitar danos secundários à vítima. A título de esclarecimento, *dano primário* é aquele causado pelo próprio abuso, e *secundário*, o decorrente de uma intervenção profissional desavisada.

Segundo, mas não menos importante, para que, da sessão de escuta, possam ser extraídas “[...] informações objetivas de uma maneira que seja aceita pelas agências de proteção e pelos tribunais [...]”, que, no mais, difere “[...] de dar à criança permissão terapêutica explícita para revelar, no domínio da saúde mental da criança [...]” (FURNISS, 1993, p. 196).

A propósito dessas implicações, advindas de equivocada tomada de depoimentos, note-se o escólio doutrinário:

Como referido, uma tomada de declarações equivocada, ou com falhas, além da possibilidade de causar dano às pequenas vítimas, às vezes maior do que o dano causado pelo próprio abuso, implica relato sem conteúdo e de difícil aproveitamento como prova para fins de condenação. A proteção das crianças deve ser prioridade e, por certo, a declaração delas, única prova em muitos processos, precisa ser tomada com a máxima

capacitação profissional, de maneira apropriada, com atenção e, acima de tudo, com coragem de ouvir a resposta (DOBKE, 2001, p. 91).

Com efeito, a modalidade de audiência protetiva, realizada por videoconferência, mostra-se medida necessária, adequada e efetiva para proteger a criança e/ou adolescente, minimizando eventuais danos secundários, decorrentes da deletéria experiência revivida a cada narrativa do abuso sexual.

No Brasil, a prática social objeto desta cartografia é denominada “depoimento especial” ou “inquirição especial” de crianças e adolescentes em processos judiciais. Em um conjunto significativo de países, é chamada de “testemunho” ou “declaração testemunhal”, termos que ainda podem encontrar-se adjetivados de variadas formas: “testemunho infantil gravado”, como na Colômbia, Estados Unidos, Índia e Chile; “testemunho remoto para evidência na corte”, como no Canadá; “declaração testemunhal em Câmara Gesell”, como na Argentina. Um contingente maior de países prefere denominá-la “entrevista” associada a uma série de diferentes qualificativos, como “entrevista forense” (Colômbia), “entrevista exploratória judicial” (Espanha), “entrevistas investigativas” (Lituânia, Escócia, Noruega), “entrevistas para evidências orais gravadas” (Austrália) (SANTOS; GONÇALVES, 2009, p. 37).

Cumprе ressaltar, no ponto, e em linha de remate, que não há qualquer suporte empírico a dar fundamento à hipótese na qual o testemunho colhido da forma como proposta reduza sua exatidão em comparação com a confrontação presencial. Confronto que, em verdade, pode dificultar a capacidade e a

vontade do menor em prestar declarações completas e precisas (SANTOS; GONÇALVES, 2009, p. 28).

Nesta linha, muito embora algumas vozes insistam que o procedimento versado violaria o devido processo legal à míngua de expressa previsão legal a respeito, sua aplicação, em verdade, encontra fundamento em alguns referenciais normativos de *lege lata*.

No particular, além dos já citados artigos 192, 193 e 223 do Código de Processo Penal, o Estatuto da Criança, nos artigos 1º e 3º, enfatiza o dever de aplicação do *princípio da proteção integral à criança e ao adolescente* às situações em que se vislumbra a possibilidade de algum dano, físico ou psíquico, a essa categoria de pessoas.

Quanto ao mais, o artigo 4º do citado diploma contempla o *princípio da absoluta prioridade à infância e à adolescência*, preceito que se harmoniza integralmente com o artigo 227 da Carta Política, que define o dever do Estado, ao lado da família e da sociedade, de assegurar a efetiva e prioritária proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, notadamente quanto à garantia “à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

Previu, também, o ECA, em seu art. 98, várias medidas de proteção à criança e ao adolescente, aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos a elas forem ameaçados ou violados.

Ademais, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990) assim estatui:

Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.⁸ (BRASIL, 1990).

⁸ Ademais, os artigos 19 e 39 do mesmo diploma internacional também contemplam o direito à intervenção especializada em caso de violência ou qualquer abuso ou tratamento negligente:

Artigo 19

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, *investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.*

Artigo 39

Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social de toda criança vítima de qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou

Em adendo, há ainda que se realçar a Recomendação nº 33/2010-CNJ, que, visando assegurar os direitos da criança e adolescente com prioridade absoluta, recomendou a adoção do depoimento especial⁹.

Por fim, não é ocioso mencionar que o Projeto de Lei nº 8.045/2010 (novo CPP), em trâmite na Câmara dos Deputados, contempla a modalidade especial de oitiva de crianças.

4.1 Posição Jurisprudencial

Por todas essas razões, os tribunais pátrios têm admitido a atividade probatória antecipada e, ademais, que a escuta da vítima menor se dê de forma especializada. Eis emblemático aresto do TJDF:

APELAÇÃO CRIMINAL - AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ART. 156 DO CPP - VIDEOCONFERÊNCIA-POSSIBILIDADE.
I. A produção antecipada de provas do artigo 156, I, do CPP é medida excepcional. Deve resultar da avaliação do risco concreto de perecimento das informações imprescindíveis ao êxito da persecução penal.
II. Na hipótese, é conveniente a antecipação probatória, diante da obrigação de proteção à vítima, criança com nove anos à época

outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados. Essa recuperação e reintegração serão efetuadas em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança.

⁹ Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial.

dos fatos, que possivelmente sofreu abuso sexual pelo padrasto. III. O fundamento apresentado justifica a colheita antecipada. IV. Recurso provido (Acórdão nº 728121, 20130910054479APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 21/10/2013, Publicado no DJE: 29/10/2013. Pág.: 205)¹⁰. Na mesma trilha caminham outras Cortes nacionais¹¹. Aliás, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça igualmente sufragou a questão: STJ - O Tribunal da Cidadania Quinta Turma autoriza gravação do depoimento de criança que teria sofrido abuso sexual 24/09/2013. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que autorizou a gravação do depoimento de uma criança de seis anos de idade, supostamente vítima de abuso sexual, como forma de facilitar o resgate da memória do menor. A ação cautelar de produção antecipada de provas ajuizada pelo Ministério Público gaúcho foi extinta pelo juízo da 1ª Vara da Infância e Juventude de

¹⁰ No mesmo sentido, dentre outros, os julgados seguintes: *Acórdão n° 621796*, 20120020188552HBC, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 20/09/2012, Publicado no DJE: 1/10/2012. Pág.: 137; *Acórdão n° 559375*, 20110020242357HBC, Relator SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, julgado em 12/01/2012, DJ 18/01/2012 p. 109; *Acórdão n° 549054*, 20080610001390APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 10/11/2011, Publicado no DJE: 23/11/2011. Pág.: 205; *20110020113633HBC*, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, julgado em 14/07/2011, DJ 29/07/2011 p. 188).

¹¹ Consultem-se os julgados seguintes, do Tribunal Gaúcho: TJ/RS, *Apelação Crime n° 70049792492*, 5ª Cam. Crim., rel. Des. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO, j. 19 dez. 2012; TJ/RS, *Correição Parcial n° 70048795991*, 7ª Cam. Crim., rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry, j. 14 jun. 2012; TJ/RS, *Habeas Corpus n° 70048680714*, Oitava Câmara Criminal, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 13/06/2012; TJ/RS, *Correição Parcial n° 70048662415*, Sétima Câmara Criminal, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 24/05/2012.

Porto Alegre mas resgatada em grau de apelação pelo TJRS, que autorizou a gravação pelo sistema Depoimento sem Dano. O sistema permite que a prova seja produzida em sala especial, com o auxílio de profissional qualificado, evitando a exposição do menor a constrangimentos que poderiam ser tão danosos quanto os advindos do próprio abuso, sem prejuízo das atribuições do julgador na condução do processo e da oportuna intervenção da defesa (BRASIL, 2013).

O conteúdo decisório de tais julgados demonstra que, notadamente os Tribunais, têm se dado conta da complexidade dos fenômenos sociais submetidos à tutela jurisdicional e adotado posturas profissionais diferentes e com a reinvenção de sua práxis, em ordem a se alcançar a verdadeira Justiça – e não somente a aplicação pura e simples da letra fria da lei.

4.2 Experiências Estrangeiras na Oitiva Especial de Criança

Diversos países adotam, em seus sistemas legais, a oitiva especial de crianças.

A título exemplificativo, são citadas as experiências legislativas internacionais seguintes:

França

(CPP, art. 706-52 e 706-53, introduzidos pela Lei n. 468, de 17/06/1998):

- gravação da oitiva (enregistrement audiovisuel) da criança é regra, não gravar é exceção, por decisão motivada
- oitiva deve ser feita preferencialmente na presença de psicólogo ou “médico da infância”
- prova produzida na enquête pode ser utilizada em júízo

Itália

CPP, art. 398.5-bis (introduzido pela Lei n. 38, de 23 de abril de 2009, com alterações pela Lei n. 172, de 1º de outubro de 2012) Admite-se produção antecipada de prova (Incidente probatorio nel corso delle indagini preliminari) de testemunho de menores vítimas de crimes sexuais, quando “as exigências de tutela da pessoa a tornarem necessária e oportuna”

O depoimento pode ser colhido em local diverso da sala de audiência, mesmo na casa da pessoa.

A prova deve ser gravada, ou, se não possível, deve ser feita sob a forma de perícia técnica, com posterior transcrição resumida.

Portugal

(Declarações para memória futura)

O art. 271 do CPP português estabelece:

2. No caso de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, procede-se sempre à inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima ainda não seja maior.

4. Nos casos previstos no n. 2, a tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

8. A tomada de declarações nos termos dos números anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela for possível e não puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar.

Espanha

LECrim, art. 433.3

“Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente

y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración”.

Argentina

CPP Federal, art. 250-bis

- oitiva obrigatória por psicólogo de menor de 16 anos
- de 16 a 18 anos, avalia-se a conveniência
- oitiva mediante laudo escrito (perícia), ou por sistema de vídeo-conferência.¹²

A par dessas, estudo levado a efeito pela *World Childhood Foundation* revelou terem sido “identificadas e registradas práticas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos em 28 países nos cinco continentes”, além de tantos outros em fase de implantação (SANTOS; GONÇALVES, 2009, p. 38 e 13).

Assim, podem ser mencionadas, também, as experiências referenciais da Inglaterra e da Argentina, “que se constituíram em matrizes paradigmáticas e vêm sendo disseminadas de maneira adaptada para muitos outros países” (SANTOS; GONÇALVES, 2009, p. 14).

Registre-se, em remate, que, nessas práticas estrangeiras, ao lado da nacional, há predominância de dois modelos de realização do depoimento especial:

¹² Palestra “Oitiva Especial com Redução de Danos de Crianças e Adolescentes” ministrada por Thiago André Pierobom de Ávila durante o *Curso de Aperfeiçoamento da ESMPU* “Oitiva especial de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual”, em Brasília, em 18 a 26 de abril de 2013.

Um que segue a linha do direito inglês, utilizando massivamente o sistema closed-circuit television (CCTV) [circuito fechado de televisão] para a tomada de depoimentos por meio de gravação de videoimagem (61%); e outro que segue o modelo americano, com a utilização de Câmara Gesell (39%). [...]

A Câmara de Gesell é um dispositivo criado pelo psicólogo norte-americano Arnold Gesell (1880-1961) para o estudo das etapas de desenvolvimento infantil. Constituída por duas salas divididas por um espelho unidirecional, que permite visualizar a partir de um lado o que acontece no outro, mas não vice-versa (SANTOS; GONÇALVES, 2009, p. 13-14).

No ponto, observe que, tanto um quanto o outro, seguem protocolos de entrevista forense (SANTOS; GONÇALVES, 2009, p. 24).

O Brasil, no particular, tem adotado o modelo CCTV, que, aliás, mostra-se mais adequado a evitar o contato da vítima com o público em geral, e que, ainda – em que pese outras isoladas vozes em contrário (MARIZ, 2014, p. 4) –, apresenta, dentre outros aspectos positivos em relação à audiência tradicional, a vantagem de possibilitar a documentação visual de gestos e expressões faciais, os registros visual e verbal do que foi afirmado e a dispensa ou redução do número de entrevistas por outros profissionais.

5 Conclusão

À guisa de conclusão, restou demonstrada na presente sede a relevância da prova consubstanciada na oitiva da vítima nos crimes de natureza sexual, notadamente porque, em casos tais, no

mais das vezes, os delitos são perpetrados na clandestinidade e cercados de cautelas para evitar sua revelação.

Dessa forma, conforme se apontou, a colheita tardia compromete, sobretudo, a produção da prova, dada a transitoriedade da memória.

Além do que, sem a judicialização de tal prova, há a potencial possibilidade de revitimização de crianças e adolescentes vítimas, quando submetidas a repetidas inquirições administrativas, realizadas por pessoal não especializado e sem observância às peculiaridades técnicas inerentes à escuta de menores.

Com efeito, para além da adequação e da necessidade de antecipação da atividade probatória, eis que presentes todos os requisitos para tal – ao lado de restar amplamente admitida pela jurisprudência –, a escuta de menores há de ser realizada por pessoal especializado, valendo-se de técnica, método e abordagem adequados ao resguardo da vítima, especialmente tendo em conta a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Por fim, de tudo o que foi dito, não é de somenos importância a conclusão de que a prova antecipadamente produzida também se credencia a tutelar os interesses do acusado, porque, acaso os elementos probatórios antecipados não corroborem os indícios coligidos ao final inquérito policial, isso certamente poderá livrar o acusado de se ver processado a respeito, evitando-se, assim, que seja submetido ao constrangimento inerente à persecução criminal¹³.

¹³ A propósito, registre-se que mapeamento de especialistas, de literatura

Title: Ahead of Time Production of Evidence in Sexual Crimes Against Children and Adolescents

Abstract: Research on the adequacy and the need for anticipated production of evidence in crimes of a sexual nature perpetrated against children and teenagers, by means of a special hearing mode. This scientific study begins by pointing out the relevance of the evidence consubstantiated in the victim's testimony, and the problems surrounding its late gathering. It, then, discusses the revictimization of children and adolescents, when subjected to repeated interrogations carried out by non-specialized personnel and without complying with the technical peculiarities inherent to the hearing of minors. Later, this article lists the modalities of technical intervention over minors who were victims of sexual crimes. After that, it deals with, in brief lines, the theme of transience of memory, as an imperative to the early gathering of the oral evidence as soon as possible, including the specification of the requirements to the ahead of time presentation of evidence, and citation of the extensive favorable case law. Finally, the special modalities for taking the victim's statements are presented, making reference to international experiences on the matter.

Keywords: Sexual crimes. Minor victim. Evidence - ahead of time production. Revictimization - special hearing mode. Transience of memory.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 33, de 23 de novembro de 2010*. Recomenda aos tribunais a criação

nacional e internacional e de principais endereços eletrônicos relacionados à presente temática podem ser consultados, em capítulos especialmente formulados para tal fim, no profundo estudo empreendido pela *World Childhood Foundation* intitulado “*Depoimento Sem Medo (?)*. *Culturas e Práticas Não-revitimizantes: Uma Cartografia das Experiências de Tomada de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes*”.

de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12114-recomendacao-no-33>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília,

DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sala de Notícias, 23 set. 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111410&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=autoriza%20grava%E7%E3o#](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111410&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=autoriza%20grava%E7%E3o#>)>. Acesso em: 30 jan. 2014.

CAPLAN, Arthur. Implante poderá recuperar memória. *Correio Braziliense*, Brasília, 2 maio 2014. Saúde, p. 17.

CARDOSO, Sílvia Helena. Memória: o que é e como melhorá-la. *Cérebro & Mente*: revista eletrônica de divulgação científica em neurociência, n. 1, 1997. Disponível em: <<http://www.cerebromente.org.br/n01/memo/memoria.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

DOBKE, Veleda. *Abuso sexual: a inquirição das crianças: uma abordagem interdisciplinar*. 1. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

FURNISS, Tilman. *Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar*. 1. ed. Porto Alegre, RS: Artes Médicas, 1993.

GERRIG, Richard J.; ZIMBARDO, Philip G. *A psicologia e a vida*. 16. ed. Porto Alegre, RS: Artmed, 2005. Visualização Google Livros. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=3_K6niXNO_8C&printsec=frontcover&dq=a+psicologia+e+a+vida&hl=ptBR&sa=X&ei=1ZpnU6mqObLMs-QSPoYHIAg&ved=0CCEQ6AEwAA#v=onepage&q=a%20psicologia%20e%20a%20vida&f=false>. Acesso em: 5 maio 2014.

GRANJEIRO, Ivonete. *Abuso sexual infantil: a dimensão interdisciplinar entre direito e psicologia*. 1. ed. Brasília: Encanto das Letras, 2013.

IZQUIERDO, Ivan. A memória. Tradução de Renato M. E. Sabbatini. *Cérebro & Mente*: revista eletrônica de divulgação científica em neurociência, n. 4, dez. 1997/fev. 1998. Disponível em: <<http://www.cerebromente.org.br/n04/opiniaio/izquierdo.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. [1781?]. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000016.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

MARIZ, Renata. Atenção às vítimas de violência. *Correio Braziliense*, Brasília, 28 jul. 2014. Brasil, p. 4.

MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 13, n. 49, p. 7-14, jan./mar. 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVETO, Paloma. Horrores selecionados. *Correio Braziliense*, Brasília, 27 abr. 2014. Ciência, p. 20.

OLIVETO, Paloma. O lado genético do esquecimento. *Correio Braziliense*, Brasília, 13 abr. 2014. Ciência, p. 22.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (Coord.). *Depoimento sem medo (?)*: culturas e práticas não-revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. 2. ed. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009.

SCHACTER, Daniel L. *Os sete pecados da memória: como a mente esquece e lembra*. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA, Marcelo Henrique de Azevedo. Produção antecipada de prova nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 407-444, 2015. Anual.

Submissão: 5/5/2015

Aceite: 13/7/2015

A Peculiaridade da Interpretação dos Requisitos da Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas nos Crimes de Corrupção

Kleber Alexandre de Godoy

Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ex-assessor jurídico no Ministério Público Federal em Goiás por dois anos, um deles no Núcleo Criminal e o outro no Núcleo de Combate à Corrupção. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: Este estudo apresenta proposta de interpretação dos dois primeiros requisitos exigidos pela legislação infraconstitucional para a quebra de sigilo das comunicações telefônicas nos crimes de corrupção em sentido amplo, a saber: a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em crimes e a demonstração de que a prova não pode ser obtida por outros meios disponíveis. São apresentadas algumas peculiaridades dos crimes de corrupção em relação aos demais delitos que fazem com que o direito à privacidade, que tutela o sigilo das comunicações telefônicas, possa vir a ser ainda mais mitigado no caso concreto, cedendo maior espaço à busca pela operacionalidade do Direito Penal. Partindo-se das ideias de Robert Alexy sobre a técnica da ponderação de princípios fundamentais, pretende-se interpretar os citados termos “razoabilidade de autoria ou participação em crimes” e “outros meios disponíveis” nos crimes de corrupção e, com isso, demonstrar que a avaliação dos requisitos da interceptação telefônica deve ser feita no caso concreto, em busca do resultado ótimo.

Palavras-chave: Sigilo das comunicações telefônicas. Crimes de corrupção. Direito à privacidade. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade em sentido estrito. Lei da colisão.

Sumário: Introdução. 1 A Relativização do Direito à Privacidade na Interceptação Telefônica. 2 A Previsão da Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas no Direito Brasileiro. 3 Interpretação dos Dois Primeiros Requisitos Legais para a Quebra do

Sigilo das Comunicações Telefônicas nos Crimes de Corrupção. 3.1 Presença de Indícios Razoáveis de Autoria ou Participação em Infração Penal. 3.2 Excepcionalidade. 3.3 Fato Punível com Pena de Reclusão. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

O Brasil está inserido em contexto de grave crise que clama por medidas eficazes contra a corrupção. E os clamores, em grande parte vindos das ruas, crescem na mesma proporção que se descobrem fraudes multibilionárias – hoje publicadas amiúde na mídia em geral.

Em vista disso, o Poder Legislativo e o Poder Executivo vêm apresentando à população propostas destinadas a punir práticas corruptas com mais rigor, a exemplo do Projeto de Lei nº 5.900/2013, destinado a inserir a corrupção dentro do seletorol dos crimes hediondos e do “pacote anticorrupção”, publicado às pressas após as manifestações de 15 de março de 2015.

De fato, as propostas destinadas a aumentar o rigor das sanções em desfavor dos autores de práticas corruptas são realmente necessárias, dado que as sanções atuais mostraram-se incapazes de cumprir suas funções básicas de prevenção e repressão aos delitos. Essas medidas, contudo, não devem vir isoladas, mas sim acompanhadas de métodos investigativos eficazes para a identificação dos autores do crime abjeto, sob pena de ficarem sem efeito.

Por certa ótica, a criação de mecanismos hábeis a identificar corruptos é ainda mais urgente do que o aumento das punições

desse crime. Afinal, de nada adianta a existência de penas mais severas se o criminoso tem consciência de que dificilmente será identificado.

É fato que aqueles que labutam no combate à corrupção enfrentam colossais dificuldades em amealhar provas de autoria dos crimes de corrupção, pois esses delitos geralmente são cometidos mediante o manejo de métodos discretos, a exemplo de acordos não documentados. Ademais, a experiência tem demonstrado que muitos dos casos de corrupção contam com o envolvimento livre e consciente de servidores públicos, agentes políticos e seus sequazes, que empreendem esforços hercúleos para dar aparência de licitude a seus atos vis.

Em muitos casos, essas dificuldades em reunir provas de autoria infelizmente não são superadas, mesmo com exaustivas tentativas. E o resultado disso é a impunidade generalizada, que forçosamente fomenta a prática de outros crimes, segundo o iluminista Cesare Beccaria (1764).

Nesse cenário caótico, muitos chegam à conclusão de que o crime compensa e sentem-se encorajados a praticar delitos ainda mais graves, fato que leva ao seguinte ciclo vicioso autoabastecedor: quanto maior o sentimento de impunidade, maior a prática dos crimes de corrupção; e, quanto maior a prática desses ilícitos, maior o sentimento de impunidade.

Para impedir ou, pelo menos, reduzir as infinitas voltas desse tempestuoso ciclo, devem-se criar mecanismos destinados a permitir melhores resultados na identificação dos autores dos

crimes em análise. Isso fará com que o criminoso tenha a certeza de que será punido caso venha a se corromper e certamente ficará desmotivado a cometer outros injustos penais.

Uma das medidas mais urgentes para esse fim não se trata da criação de novo método investigatório, mas sim da interpretação casuística dos requisitos legais de um dos meios de prova mais poderosos que se tem disponível na identificação dos autores do crime de corrupção: a quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Com efeito, esse método de prova faz parte daquilo que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – que foi assinada, referendada, ratificada e, por fim, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 – denominou “técnicas especiais de investigação”. Ressalte-se que o artigo 50 desse diploma legal recomenda expressamente a utilização dessa linha de excepcional de provas nas apurações de crimes de corrupção.

Ocorre, porém, que a quebra de sigilo das comunicações telefônicas ainda encontra embaraços interpretativos que podem inviabilizar a apuração de parte considerável dos crimes de corrupção. Por ora, pode-se antever que esses óbices surgem quando não se leva em conta a particularidade desses delitos na exigência dos dois primeiros requisitos da quebra do sigilo telefônico: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em crime e a demonstração de que as provas não podem ser obtidas por outros meios disponíveis.

A atual compreensão do que vem a ser a “razoabilidade dos indícios de autoria ou participação em crime” e “outros meios disponíveis” prejudica sobremaneira a quebra do sigilo das comunicações telefônicas nos crimes de corrupção.

Aqui se propõe a interessante releitura desses requisitos legais à luz da precedência condicionada, altamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal por influência dos célebres estudos do jusfilósofo alemão Robert Alexy.

Prende-se demonstrar que as exigências legais dessa medida intrusiva devem ser mitigadas nos crimes de corrupção, sempre que as circunstâncias do caso concreto exigirem, por força do sopesamento entre o princípio da privacidade, a busca pela operacionalidade do Direito Penal e os direitos geralmente vilipendiados pelo crime de corrupção (saúde, educação, moradia, cultura, esporte, lazer, trabalho e muitos outros).

1 A Relativização do Direito à Privacidade na Interceptação Telefônica

Os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade estão expressos no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988. Segundo o texto constitucional, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 280), a jurisprudência e vários autores, ordinariamente, não fazem

distinção entre os direitos à privacidade e à intimidade. Por outro lado, há doutrinadores que sustentam que a privacidade seria mais ampla e abrangeria o conceito de intimidade. Para o objetivo do presente estudo, será adotada a linha de entendimento desse último escólio.

Partindo desse prelúdio, convém registrar a precisa e analítica descrição do direito à privacidade apresentada por Tércio Sampaio Ferraz:

Trata-se de um direito subjetivo fundamental. Como direito subjetivo, manifesta uma estrutura básica, cujos elementos são o *sujeito*, o *conteúdo* e o *objeto*. O *sujeito* é o titular do direito. Em se tratando de um dos direitos fundamentais do indivíduo, o sujeito é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente (ou transeunte cf. Mello Filho, p. 20) no País (art. 5º, *caput*). O *conteúdo* é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constringer os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto é o bem protegido, que pode ser uma *res* (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito. Tanto conteúdo quanto objeto são muito claros no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em que se lê: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua

correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei” (FERRAZ, 1992, p. 77-78, grifo do autor).

É notório que uma das maneiras de se proteger o objeto desse direito fundamental é a tutela do sigilo das comunicações telefônicas, que se encontra prevista no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. Tal norma diz que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Como se vê, a parte final do citado dispositivo constitucional permite a quebra desse sigilo, mas exige, para tanto, autorização judicial, cumprimento dos requisitos e formalidades legais bem como comprovação da finalidade de investigar crimes ou instruir processo penal.

Aqui se faz breve digressão para relatar dois célebres casos controvertidíssimos de mitigação da última exigência referida.

O primeiro diz respeito à quebra de sigilo das comunicações telefônicas deferida pelo Juízo da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande em processo destinado a investigar o paradeiro de criança levada por um familiar contra determinação judicial. Note-se que tal medida não foi decretada por Juízo Criminal, mas sim por Juízo da Vara de Família.

Uma vez recebido o ofício que determinava a interceptação telefônica, a operadora deixou de cumprir a ordem judicial sob o

argumento de que não se tratava de investigação criminal ou de instrução processual penal, isto é, a empresa de telefonia alegou ilegalidade na medida, apresentando como justificativa a violação direta ao texto constitucional.

Levado o caso ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, decidiu-se que “[...] no âmbito cível e em situação extremamente excepcional” admite-se a quebra de sigilo das comunicações telefônicas em esfera extrapenal, “[...] mormente quando há a possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art. 237 do ECA” (MATO GROSSO DO SUL, 2011). Em outras linhas, entendeu-se que haveria a possibilidade de se promover a medida intrusiva no caso concreto, tido como excepcionalíssimo, porque havia indícios razoáveis da ocorrência do crime tipificado no artigo 237 da Lei nº 8.069/90.

Para a surpresa de muitos, essa decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos mesmos fundamentos que os invocados pelo Tribunal de origem. Segundo decidido:

A possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. No entanto, o ato impugnado, embora praticado em processo cível, retrata hipótese excepcional, em que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente [...] (BRASIL, 2011).

Quanto ao fato de a empresa ter se recusado a cumprir a ordem judicial sob o argumento de que ela era ilegal, o Superior

Tribunal de Justiça entendeu que “[...] não toca ao paciente, embora inspirado por razões nobres, discutir a ordem judicial alegando direito fundamental que não é seu, mas da parte processual”. Ademais, postulou que “[...] possibilitar que o destinatário da ordem judicial exponha razões para não cumpri-la é inviabilizar a própria atividade jurisdicional, com prejuízo para o Estado Democrático de Direito”.

Não satisfeita, a operadora de telefonia impetrou *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal (HC 112684). Em decisão monocrática datada de 5/3/2015, entretanto, o Ministro Teori Zavascki negou seguimento ao *write*, sob o escorreito argumento de que o caso concreto não demonstrou a configuração de ofensa atual ou iminente ao direito de ir, vir e permanecer do investigado. Essa decisão transitou em julgado no dia 17/3/2015.

Por sua vez, o segundo caso de quebra de sigilo telefônico em âmbito extrapenal é ainda mais polêmico – apesar de não ter ganhado os mesmos ecos que a decisão anterior – e foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em ação de alimentos. Trata-se dos Embargos de Declaração nº 70050246891, relatado pelo Desembargador Roberto Carvalho Fraga, julgado pela Sétima Câmara Cível e publicado no Diário da Justiça do dia 10/8/2012.

No caso, intentou-se de todas as formas, por mais de dez anos, localizar o devedor dos alimentos, porém não se obteve êxito. Diante disso, o Tribunal entendeu que o fato de o artigo 277 da Constituição Federal de 1988 ter conferido “absoluta

prioridade” ao direito à vida e à sobrevivência digna de crianças e adolescentes soergue esses direitos à categoria prevalente ao direito à intimidade, justificando a interceptação telefônica.

Essas duas decisões, apesar de terem sido prolatadas em casos bastante específicos e serem alvo de severas críticas no meio acadêmico, trazem à baila situações em que a tutela de direitos constitucionais encontrou obstáculo no direito à privacidade. Em termos mais diretos, ambas as situações descrevem casos de conflito casuístico entre princípios constitucionais.

Como se sabe, os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser sopesados no caso concreto, à luz do critério da ponderação de interesses. Aliás, Norberto Bobbio (1992, p. 37) defende que há apenas dois direitos de cunho absoluto: o de não ser escravizado e o de não ser torturado. Afora isso, todos os direitos podem ser abrandados, mas sempre dentro das balizas da razoabilidade.

A esse respeito, deve-se dizer que o simples fato de um direito ser relativizado por outro não significa de per si que se está a reconhecer hierarquia entre direitos fundamentais.

Como alerta Gilmar Ferreira Mendes,

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico.

Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos fundamentais somente é admissível em casos especialíssimos (MENDES, 2014, p. 238).

De fato, a despeito dos posicionamentos contrários, não há hierarquia entre direitos fundamentais. Atente-se, porém, que para Alexy (2008, p. 114), o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de realmente não ser absoluto do ponto de vista abstrato, prevalecerá sobre outros princípios em certas condições apuradas no caso concreto.

Na espécie, o fato de o direito à privacidade, no caso concreto, ceder espaço à busca pela operacionalidade do Direito Penal não faz com que este seja superior àquele. Ambos os direitos fundamentais são caríssimos à história da humanidade e ocupam posição hierárquica equivalente. O que ocorre é o mero sopesamento casuístico de um direito em relação ao outro e não o escalonamento abstrato e paradigmático entre os aventados direitos basilares.

A esse respeito, Virgílio Afonso da Silva (2008), ao discorrer sobre as brilhantes lições de Alexy (1995), sintetizou o que se segue:

Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Importante, nesse ponto, é a idéia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e freqüentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa idéia é traduzida pela metáfora da

colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 – (P1 P P2) –, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C – (P1 P P2) C (ALEXY, 1995 apud SILVA, 2008).

Essas talvez sejam as maiores críticas à citada decisão do Tribunal gaúcho, que decretou interceptação telefônica em ação de alimentos. Isso porque o fundamento erigido, além de reconhecer hierarquia entre os direitos das crianças e adolescentes e os demais direitos, sopesou princípios constitucionais de forma abstrata, sem considerar as particularidades do caso concreto, que permitiriam o alcance do resultado ótimo, segundo Alexy (2008).

Exatamente em busca desse resultado ótimo, que certamente passa pela via da mínima relativização possível do direito à privacidade, a Lei Maior exigiu a observância de condições para a realização da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, entre as quais está a edição de lei prevendo as hipóteses e as formas de realização dessa medida intrusiva. Atento a esse comando, o legislador ordinário promulgou a Lei nº 9.296/96, que exigiu, para a realização da quebra de sigilo telefônico, a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; a impossibilidade de obtenção das provas por outros meios e a investigação de fato punível com pena de reclusão.

Além desses requisitos, exigiu-se, como pressuposto, a

existência de decisão judicial devidamente fundamentada, que pode ser promovida de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal; e do representante do Ministério Público, tanto na investigação criminal quanto na instrução processual penal.

Não se desconhece a polêmica doutrinária e jurisprudencial referente à possibilidade de o juiz decretar de ofício quebra de sigilo das comunicações telefônicas. De fato, permitir que o juiz afaste o sigilo das comunicações telefônicas de ofício em fase pré-processual implicaria inegável ofensa ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal.

Nesse sentido, é a lição de Renato Brasileiro Lima:

Destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício na fase investigatória, sob pena de auxiliar a acusação na colheita de elementos de informação que irão servir ao titular da ação penal para provocar a jurisdição. A iniciativa da interceptação pelo juiz também representa usurpação à atribuição investigatória do Ministério Público e da Polícia Judiciária. Graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado, caso se admitisse que pudesse decretar a medida de ofício ainda na fase investigatória. O que lhe compete é – e desde que seja provocado – analisar a necessidade da medida, concedendo-a caso presentes os requisitos acima analisados (LIMA, 2014, p. 157).

Em vista disso, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) apresentou ao Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade (ADI) da referida norma no dia 22/7/2008.

Essa ADI foi registrada sob o número 4112 e está conclusa ao relator desde 26/8/2010. Nesse processo objetivo, foi juntado parecer da Procuradoria-Geral da República, que se manifestou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição à referida norma, de maneira a possibilitar a decretação de ofício da interceptação telefônica apenas na fase processual, em respeito ao sistema acusatório que predomina no Brasil.

Não é demasiado dizer que em Portugal não existe a possibilidade de o juiz decretar quebra de sigilo telefônico de ofício, pois o artigo 187, nº 1, do Código de Processo Penal lusitano dispõe que essa medida excepcional é feita apenas em fase de inquérito policial, sempre a pedido do único legitimado: o *Parquet*. Note-se que nem mesmo a autoridade policial tem atribuição para providenciar a interceptação telefônica naquele país. E isso pode ser justificado pelo fato de que, ao contrário do que ocorre no Brasil, o artigo 52, nº 2, b, daquele código dispõe que “[...] compete em especial ao Ministério Público dirigir o inquérito”.

Seguindo a lógica da legislação portuguesa, no Brasil existe proposta legislativa destinada a suprimir por completo a possibilidade de o juiz decretar de ofício a interceptação telefônica. Cuida-se do Projeto de Lei nº 4.047/2008, que tramita na Câmara dos Deputados sob o regime de prioridade e encontra-se pendente da apreciação do plenário. Essa proposta tem como origem o Projeto de Lei nº 525/2007, de autoria do ex-senador Jarbas Vasconcelos.

Além dos requisitos e pressupostos sumariados, é impreterível que o pedido de interceptação de comunicação telefônica contenha a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados, nos termos do artigo 4º da Lei nº 9.296/96.

Uma vez demonstrada a presença de todos esses requisitos, o direito à privacidade cederá espaço ao direito ao dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal, levando o Juízo a decretar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. E, com isso, as investigações criminais serão aprofundadas, permitindo a identificação de pessoas envolvidas nos injustos penais apurados.

2 A Previsão da Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas no Direito Brasileiro

A Constituição Federal de 1967 foi a primeira a prever o sigilo das comunicações telefônicas no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 150, § 9º, desse diploma legal dizia que “[...] são invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas”. De fato, não havia qualquer exceção a essa regra.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, tida como verdadeiro texto constitucional originário, apresentou mudança apenas gráfica em relação ao texto anterior, dispondo, em seu artigo 153, § 9º, que “[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”. Veja-se que, da mesma forma que a Carta Magna anterior, não

foi apresentada exceção a esse direito fundamental de cunho individual.

Apenas com a Constituição Federal de 1988 é que se trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se afastar o sigilo das comunicações telefônicas, como prevê o artigo 5º, XII. Para tanto, porém, exigiu-se o cumprimento de certos requisitos, dentre os quais está o respeito às hipóteses e às formas estabelecidas pela lei.

A lei exigida por aquela norma, contudo, somente foi editada em 1996, como se verá adiante. Esse vazio legislativo fez com que muitos passassem a aplicar o artigo 57, II, “e”, da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), como fundamento legal da quebra de sigilo das comunicações telefônicas. Os Tribunais Superiores, entretanto, sempre entenderam que tal dispositivo legal não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, segundo Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 171).

De fato, esse diploma legal prevê, em seu artigo 57, II, “e”, que “[...] não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste”. Nada mais. Por isso, o citado autor (LIMA, 2014, p. 171) concluiu que essa vetusta norma não cumpre a função de regulamentar o artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, visto que não disciplina a duração das interceptações, a forma da realização da gravação, as hipóteses em que será permitida a utilização desse meio de prova etc.

O problema maior, porém, é de índole congênita. É que a aludida norma foi editada sob a égide da Constituição Federal de 1946, que foi omissa em relação à possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas. E esse silêncio deve ser interpretado como verdadeira proibição, uma vez que até mesmo para o sigilo das correspondências, cuja quebra é menos invasiva do que a das comunicações telefônicas, não se previa qualquer exceção, conforme o disposto no artigo 141, § 6º, dessa Lei Maior.

Inclusive, dois anos após a publicação do Código Brasileiro de Telecomunicações, outorgou-se a Constituição Federal de 1967, que foi clara em estabelecer a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas – e sem exceção (artigo 150, § 9º, dessa Carta).

A tudo isso, acrescente-se que “[...] o vício da inconstitucionalidade [...] há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração” (BRASIL, 1997). Tendo-se em vista, portanto, que o aventado silêncio eloquente da Constituição de 1946 impedia a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, restou cristalino que o artigo 57, II, “e”, da Lei nº 4.117/62 não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Essa mesma conclusão foi a que chegou o Pretório Excelso, mas sob fundamento diverso. No HC 72588, relatado pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, entendeu-se que o artigo 5º, XII, da Constituição Cidadã tem eficácia limitada e exige a edição de lei que defina, em rol *numerus clausus*, as hipóteses e formas

pelas quais será legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. E o artigo 57, II, “e”, da Lei nº 4.117/62 não faz essa previsão.

Com esse entendimento, todas as interceptações telefônicas fundamentadas naquela norma bem como as provas produzidas a partir delas, ainda que autorizadas pelo juiz, em investigação criminal ou instrução processual penal, foram declaradas ilícitas¹, com base na doutrina americana dos frutos da árvore envenenada.

Somente após a edição da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o artigo 5º, XII, da Constituição Federal, estabelecendo as hipóteses e as formas de realização dessa medida excepcional, dentre outros assuntos, é que se passou a permitir a realização da quebra de sigilo das comunicações telefônicas no Brasil.

Em interessante colocação, o Supremo Tribunal Federal disse que “[...] a Lei 9.296/1996 nada mais fez do que estabelecer as diretrizes para a resolução de conflitos entre a privacidade e o dever do Estado de aplicar as leis criminais” (BRASIL, 2010).

De fato, entre outros aspectos, o que o referido diploma legal fez foi prever os casos concretos que permitem o abrandamento do direito à privacidade em favor da busca pela operacionalidade do direito penal. A esses casos concretos, atribuiu-se o nome de requisitos.

¹ Cf. HC 69.912/RS, DJ de 25/03/1994; HC 73.351, DJ de 19/05/1999; HC 74.299, DJ de 15/08/1997, dentre outros.

3 Interpretação dos Dois Primeiros Requisitos Legais para a Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas nos Crimes de Corrupção

O artigo 2º da Lei nº 9.296/96, atendendo à ordem constitucional, previu os requisitos da interceptação telefônica, estabelecendo que essa medida intrusiva exige a demonstração de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; de inexistência de outros meios disponíveis de obtenção de prova e de investigação de infração penal punida com reclusão.

Apenas a título de cotejo, em Portugal os requisitos da quebra de sigilo telefônico são substancialmente distintos. O artigo 187, nº 1, do Código de Processo Penal desse país exige a demonstração de “[...] razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”; requerimento do Ministério Público; decisão fundamentada do juiz e investigação de um dos seguintes crimes: os puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos de reclusão; tráfico de entorpecentes; detenção de arma proibida; tráfico de armas; contrabando; injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos por meio de telefone; ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou evasão, quando o investigado houver sido condenado a um dos crimes anteriores.

Com efeito, o estabelecimento de requisitos para a interceptação telefônica é de notável importância para a solução

dos conflitos casuísticos entre os direitos da privacidade e os da busca pela operacionalidade do Direito Penal. Isso porque eles nada mais são que métodos criados pelo legislador para garantir que o sopesamento cause o menor dano possível à privacidade do indivíduo. Apenas em casos excepcionais, frise-se, é que esse direito cederá espaço ao dever do Estado de aplicar as leis criminais.

No caso concreto, contudo, não é raro o surgimento de colisões complexas entre direitos fundamentais, ou seja, não é incomum que se tenha, de um lado, o direito à privacidade do indivíduo; e, de outro lado, o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal e dos direitos à saúde, à educação, à moradia, ao saneamento básico e muitos outros. Isso é o que geralmente ocorre quando o crime apurado é corrupção.

Como se sabe, a corrupção subtrai, de maneira insaciável, o dinheiro público destinado notadamente a finalidades essenciais. De maneira evidentemente exemplificativa, ela atinge contratos destinados à aquisição de medicamentos, equipamentos hospitalares e ambulâncias; à compra de materiais e merendas escolares; às licitações destinadas à construção de moradias; à realização de obras relacionadas ao saneamento básico etc. São vários os direitos aviltados por esse crime.

Segundo a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), dados de 2008 apontam que a corrupção anual no Brasil representa de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), ou seja, dissipa entre R\$ 41,5 bilhões e R\$ 69,1 bilhões por ano.

O referido estudo diz ainda que, caso não houvesse esses desvios colossais, o Brasil poderia ter grandes avanços nas áreas de educação, saúde, habitação, saneamento e infraestrutura. Na educação, o número de matrículas na rede pública saltaria de 34,5 milhões para 51 milhões de alunos (aumento de 47,%); na saúde, a quantidade de leitos para internação passaria de 367.397 para 694.409 leitos (aumento de 89%); na habitação, o número de moradias populares sairia de 3.960.000 para 6.900.371 famílias (aumento de 74,3%); no saneamento, a quantidade de casas atendidas saltaria de 22.500.000 para 45.847.547 (aumento de 103,8%) e, na infraestrutura, os 2.518 km de ferrovias, conforme as metas do PAC, seriam acrescidos de 13.230 km (aumento de 525%). Os doze portos que o Brasil possui poderiam saltar para 184 (aumento de 1.537%). Além disso, o numerário dilapidado pela corrupção poderia ser utilizado para a construção de 277 novos aeroportos, um crescimento de 1.383%.

Para o ano de 2015, ainda não se tem estudo detalhado sobre a corrupção no Brasil. É certo, no entanto, que o percentual desviado pela corrupção no País aumentará bastante, haja vista que ele incluirá os desvios multibilionários na Petrobras descobertos recentemente.

Todo esse contexto deve ser levado em conta quando se for realizar a quebra de sigilo das comunicações telefônicas em crimes de corrupção. É que, nesses injustos penais, o direito à privacidade deve ser ainda mais abrandado, à luz do princípio da

proporcionalidade em sentido estrito, que é o verdadeiro leme do método da ponderação de interesses.

Aqui não se está dizendo que os requisitos da quebra de sigilo telefônico devem ser desconsiderados em investigações desse crime de altíssima gravidade, mas sim que os requisitos para essa medida excepcional não devem ser tratados com a mesma exigência dos demais crimes. Deve haver a ponderação de valores no caso concreto.

Para que melhor se verifique a necessidade de abrandamento dos dois primeiros requisitos exigidos para a interceptação telefônica nos crimes de corrupção, é importante que suas análises sejam feitas de maneira separada, e isso será feito a seguir.

Quanto ao terceiro requisito, qual seja, investigação punível com pena de reclusão, a finalidade deste estudo não exige comentários acerca do tema, uma vez que todos os crimes enquadráveis no conceito amplo de corrupção são puníveis com pena de reclusão. Mesmo assim, pede-se licença ao leitor para expor brevíssimos comentários sobre o tema, em razão da existência de projeto de lei destinado a modificar sistematicamente esse requisito.

3.1 Presença de Indícios Razoáveis de Autoria ou Participação em Infração Penal

O primeiro requisito exigido pela Lei nº 9.296/96 para a quebra de sigilo das comunicações telefônicas é a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração

penal. Sem embargo de a redação legal referir-se a “infração penal”, cujo conceito abarca crime e contravenção penal, não existe contravenção penal punível com pena de reclusão (outra exigência para a interceptação telefônica, abaixo detalhada). O mais correto, portanto, seria a exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação “em crime”.

De fato, esse requisito é, com razão, o mais controvertido de todos. Afinal, o que vem a ser a razoabilidade de autoria ou participação em crime?

Ora, é certo que, para o oferecimento de denúncia, exigem-se a presença de indícios de autoria e prova da materialidade. À evidência, tais indícios devem ser razoáveis, do contrário não se poderia oferecer a peça acusatória. Ocorre, porém, que a quebra de sigilo das comunicações telefônicas também impõe a presença de indícios razoáveis de autoria. A questão que se exsurge é: a razoabilidade tem o mesmo peso em ambos os casos?

A resposta negativa se impõe de imediato e em tom absoluto. Se a razoabilidade desses indícios tivesse o mesmo valor na quebra de sigilo das comunicações telefônicas e no oferecimento de denúncia, é evidente que o Ministério Público ofereceria a peça acusatória de pronto, em vez de pedir dilação probatória. De fato, a aventada medida excepcional seria letra morta, sem efetividade, e muitos crimes ficariam sem esclarecimento.

Para os crimes em geral, portanto, é demasiadamente fácil deduzir que a razoabilidade dos indícios de autoria ou participação

em delitos exigida para a interceptação telefônica é menor que aquela imposta no ato do oferecimento de denúncia.

Já quando se investiga crimes de corrupção, a razoabilidade deveria ser ainda mais abrandada, por consequência intuitiva da própria natureza dos princípios.

Segundo Alexy (2008, p. 116), os princípios são mandamentos de otimização. Quer isso dizer que eles serão realizados na máxima medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Há situações, porém, em que não se verifica a possibilidade jurídica, pois a norma fundamental com caráter de princípio está em conflito direto com outra que, no caso concreto, mostra-se antagônica. Tal questão não deve ser resolvida por meio de declaração de invalidade de uma das normas jurídicas ou por criação de exceção a um dos princípios, mas sim pelo sopesamento dos dois princípios em dissonância – à luz da “lei de colisão”.

A singular lei de colisão foi erigida pelo citado autor nas seguintes linhas: “[...] se o princípio o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C à R” (ALEXY, 2008, p. 99). Essa é a relação de precedência condicionada que é largamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, máxime em casos de intervenção federal (IF 3091, IF 2975 e IF 470, dentre outras).

Há, porém, uma aparente dificuldade na aplicação dessa

lei. Ao discorrer sobre o tema, o próprio Alexy (2008, p. 97) reconheceu que “[...] a questão decisiva [...] é saber sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder”. E mencionou a solução levada a efeito pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a saber: a muito difundida metáfora do peso. Segundo ela, no caso concreto deve-se avaliar se os interesses do indivíduo têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação a atividade estatal deve servir. Quanto ao aparente problema de esses interesses não terem peso quantificável, o autor alemão apresentou uma resposta simples, baseada na relação de precedência condicionada: “[...] em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes no caso concreto”.

Observe-se que a ideia central do sopesamento é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 262), nada mais é do que “[...] uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (note-se que o autor também fez uso da metáfora do peso). Em absoluto, esse princípio é a via de acesso à regra da precedência condicionada, isto é, da primazia de um princípio em relação a outro no caso concreto.

Para confirmar a ideia de que a razoabilidade dos indícios de autoria ou participação em delito deve ser interpretada de maneira ainda mais abrandada em investigações do crime de

corrupção, portanto, deve-se avaliar se, no caso concreto, os valores vilipendiados por ilícitos dessa natureza têm maior peso que o princípio da privacidade sob o ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito.

Como mencionado alhures, a corrupção está espalhada por vários setores sociais e vem causando danos de escala multibilionária ao Brasil, fazendo com que muitos dos direitos fundamentais dos brasileiros sejam ignorados e usurpados. Isso leva a uma crescente sensação de falência generalizada e descontrolada do sistema político brasileiro.

A esse respeito, apesar de ainda ser cedo para dizer se as versões apresentadas pelos delatores no caso da Operação Lava-Jato são verdadeiras ou não, há uma infeliz realidade no depoimento do ex-diretor de abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa, prestado à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Petrobras. Em suas declarações, ele diz:

Eu passei lá na carceragem em Curitiba seis meses preso. Seis meses dentro da carceragem. Até que resolvi fazer a delação de tudo o que acontecia na Petrobras, e não só na Petrobras; isto está no noticiário: o que acontecia na Petrobras acontece no Brasil inteiro: nas rodovias, nas ferrovias, nos portos, nos aeroportos, nas hidrelétricas! Isso acontece no Brasil inteiro. É só pesquisar (MIRANDA, 2014).

De fato, há corrupção na área de saúde, educação, moradia, saneamento etc. Esse é o triste retrato do Brasil, que hoje ocupa a 69ª posição entre os 175 países avaliados pelo índice de percepção

da corrupção, segundo a Transparência Internacional. Esses crimes afrontam inúmeros direitos fundamentais de milhares de brasileiros, que todos os anos trabalham até o dia 29 de maio (150 dias) apenas para pagar impostos, o que compromete 41% de seus salários, de acordo com o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT).

Ocorre que esses crimes são muito difíceis de ser investigados, uma vez que, como consignado alhures, eles ocorrem mediante o manejo de métodos discretos e a manipulação de documentos, feita para que os papéis ganhem a aparência de idoneidade. Isso faz com que a interceptação das comunicações telefônicas ganhe importância de destaque na apuração dos ilícitos penais em comento e, mais do que isso, seja recomendada pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme se lê no artigo 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada no Direito tupiniquim pelo Decreto nº 5.687/2006.

Nesses casos, em que as investigações são direcionadas para esse meio excepcional de provas, surge um conflito particular de normas constitucionais. De um lado, tem-se o direito à privacidade. Já no outro prato da balança, além da busca pela operacionalidade do Direito Penal – existente nas investigações dos demais crimes –, persegue-se a tutela de direitos umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo da saúde, da educação, da moradia, do trabalho etc. E qual dos dois pesos deve prevalecer?

Como já se disse, não há hierarquia entre direitos

fundamentais. Mesmo confirmando essa conclusão, Alexy (2008, p. 114) observou que o princípio da dignidade da pessoa humana prevalecerá com o mais elevado grau de certeza sobre outros princípios em certas condições apuradas no caso concreto. É hialino, portanto, que se está diante de princípio de grande importância. E a Constituição Federal de 1988 reconheceu o valor especial dessa norma, inserindo-a no rol de fundamentos da República Federativa do Brasil.

No caso concreto dos crimes de corrupção, é comezinha a presença de condições que justifiquem a prevalência da dignidade da pessoa humana em detrimento do princípio da privacidade. Basta ver: há razões suficientes para que a privacidade seja preservada enquanto a ação criminoso usurpa o dinheiro que seria destinado à compra de medicamentos, à construção de leitos e à aquisição de demais utensílios hospitalares? Há razões suficientes para que a privacidade seja mantida enquanto o dinheiro que seria destinado à educação e, por conseguinte, ao progresso do país está sendo desviado em larga escala? Há razões suficientes para que a privacidade seja conservada enquanto a corrupção impede que milhares de brasileiros tenham acesso à casa própria? Há razões suficientes para que a privacidade seja resguardada enquanto criminosos subtraem o dinheiro que seria aplicado no saneamento básico, levando à redução substancial de doenças graves responsáveis em grande parte pela mortalidade infantil, a exemplo da Cólera, Hepatite A, Leptospirose e Febre Tifoide?

Muitos são os questionamentos possíveis de se fazer. Para todos eles, a resposta é não, em absoluto.

Como foi dito, nos crimes de corrupção, o direito à privacidade é confrontado com vários outros direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana. Por essa razão, a balança hipotética responsável por aferir a proporcionalidade em sentido estrito deve pender ainda mais para o lado dos múltiplos direitos, relativizando ainda mais a privacidade.

E a forma mais profícua de se concretizar isso não é por meio de emenda constitucional nem por alteração legislativa, mas sim por interpretação ao artigo 2º, I, da Lei nº 9.296/96 à luz da lei alexyana de colisão. E o meio para se conseguir isso é entender que a razoabilidade dos indícios de autoria ou participação em infração penal é ainda mais branda, ou melhor, mínima nos crimes de corrupção. Ela jamais terá o mesmo valor que a razoabilidade dos indícios de autoria exigida para o oferecimento da peça acusatória; e também não deve ter o mesmo peso que a necessária para a quebra das comunicações telefônicas nos demais crimes.

3.2 Excepcionalidade

O segundo requisito exigido pela Lei nº 9.296/96 para a quebra de sigilo das comunicações telefônicas é a demonstração de que a prova não pode ser obtida por outros meios disponíveis. Esse é o princípio da excepcionalidade das interceptações telefônicas.

Sabe-se que o direito penal é a *ultima ratio* e que a própria

jurisdição também vem cada vez mais sendo entendida como tal. Exemplo mais marcante disso foi o decidido no RE 631.240/MG, no qual o Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, entendeu que, como regra, exige-se o prévio requerimento administrativo para que o segurado ou dependente possa ajuizar a ação em busca de benefício previdenciário. Diante dessas premissas, é correto concluir que a medida intrusiva em comento é a *ultima ratio* (jurisdição) da *ultima ratio* (investigação penal) da *ultima ratio* (excepcionalidade).

De fato, esse requisito é necessário para a tutela do direito fundamental à privacidade e, por essa razão, não pode ser desconsiderado, sob pena de invalidade das provas colhidas e de todas aquelas derivadas a partir delas, de acordo com a teoria do fruto da árvore envenenada.

A esse respeito, Renato Brasileiro de Lima diz que:

Dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, sobretudo quando diante de insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito, mas também de terceiros que com ele se comunicaram. Por isso, a interceptação telefônica deve ser utilizada como medida de *ultima ratio*, sob pena de ilicitude da prova (LIMA, 2014, p. 151).

À evidência, apenas o caso concreto poderá dizer se existem ou não provas disponíveis menos invasivas a serem realizadas. Caso existam, a doutrina e a jurisprudência concluem que elas

devem ser perseguidas previamente e, somente depois, será utilizado o meio excepcional.

Aqui se defende, porém, que a exigência em análise não deve ser interpretada como o esgotamento, à exaustão, de todos e quaisquer os meios possíveis de prova antes de se efetuar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. É que existe forte distinção entre exigir que a interceptação telefônica seja o único meio disponível de prova e impor que não haja qualquer possibilidade de se obter as provas procuradas por outros meios menos intrusivos. No primeiro caso, é bem possível que a diligência em análise seja realizada na hipótese de existir outros meios de prova possíveis, desde que eles, por serem sobremaneira dificultosos, não estejam disponíveis. No segundo caso, porém, é exigido o absoluto esvaziamento de todas as linhas investigativas antes de se optar pela quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Apesar disso, os Juízos, notadamente os de primeiro grau, têm sido cautelosos quanto a esse requisito, ao que parece em razão do fundado receio de que os Tribunais Superiores invalidem as trabalhosas provas obtidas com as interceptações telefônicas.

Nesse ponto, andou bem legislação portuguesa ao prever que a interceptação telefônica será realizada “se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”, conforme se verifica no artigo 187 do Código de Processo Penal lusitano. Vê-se que em Portugal a legislação não

deixa dúvida de que é factível a interceptação telefônica mesmo quando existirem outros meios de prova, desde que eles sejam de difícil obtenção.

Por ver os problemas surgidos com a redação atual sobre o tema, o legislador brasileiro editou proposta destinada a revogar a Lei 9.296/96. Trata-se do Projeto de Lei nº 4.047/2008, mencionado alhures, que, em seu artigo 3º, IV, prevê a exigência de “[...] demonstração de ser a quebra de sigilo da comunicação estritamente necessária e da inviabilidade de ser a prova obtida por outros meios”. Como se vê, caso venha a ser aprovada, a legislação passará a admitir de forma expressa a quebra de sigilo das comunicações telefônicas em caso de existência de outros meios disponíveis de prova, desde que eles sejam inviáveis.

Tanto para os crimes de corrupção quanto para os delitos em geral, faz-se urgente a interpretação desse requisito legal, para que se reconheça que a inexistência de outros meios disponíveis de obtenção de provas não signifique a ausência absoluta de outras linhas investigativas. O que deve ser exigido é que, entre as provas disponíveis, ou seja, as razoavelmente viáveis, a interceptação telefônica seja a última. *A contrario sensu*, aquelas provas demasiadamente dificultosas devem ser tachadas como indisponíveis.

3.3 Fato Punível com Pena de Reclusão

Por fim, o terceiro requisito exigido pela Lei nº 9.296/96 para a quebra de sigilo das comunicações telefônicas é a investigação

de crime punível com pena de reclusão. Como se pode ver, o ordenamento jurídico brasileiro leva em conta a natureza da pena para a realização dessa medida intrusiva, impedindo tal diligência em crimes que preveem a pena de detenção.

Já em Portugal, a legislação que rege essa matéria volta os olhos tanto para o *quantum* da pena como para a espécie do tipo penal violado. Isso porque o artigo 187 do Código de Processo Penal lusitano exige, para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, que se esteja apurando crimes puníveis com pena de prisão máxima superior a três anos ou constantes do rol apresentado por essa norma, que indica os seguintes crimes: tráfico de entorpecentes; detenção de arma proibida e de tráfico de armas; contrabando; injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos pelo de telefone; ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou evasão, quando o investigado houver sido condenado a um dos crimes citados.

Seguindo parcialmente a lei portuguesa, o Projeto de Lei nº 4.047/2008, que já foi aprovado pelo Senado Federal e, atualmente, está em trâmite na Câmara dos Deputados aguardando a decisão do Plenário dessa Casa Legislativa, adotou o *quantum* da pena como critério de avaliação na análise da possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Caso essa proposta seja aprovada, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas apenas não será admitida em crimes de menor potencial ofensivo. Mesmo nesses crimes, porém, será admitida essa diligência, desde que a

conduta delituosa tenha sido realizada por meio de telefonema (algo parecido com o que ocorre com os crimes de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego em Portugal). A natureza da pena prevista para o crime (reclusão ou detenção), portanto, deixará de ser relevante para essa finalidade.

4 Conclusão

Não se faz necessário qualquer esforço argumentativo para se concluir que a corrupção é um dos maiores problemas do Brasil. Todos sabem e grande parte dos brasileiros sentem na pele os efeitos deletérios do crime que, sem dúvida, levou a quinta maior economia do mundo à vergonhosa 79^a colocação no ranking mundial de desenvolvimento humano (IDH).

Por razões históricas de impunidade, o crime de corrupção espalhou-se por todo o país, em grande parte dos órgãos e entes públicos e privados, infelizmente.

Ao contrário do que entende o senso comum, a causa dessa triste realidade não é a falta de investigação. Há órgãos sérios envolvidos nesse mister, a exemplo do Ministério Público, da polícia judiciária, da Controladoria-Geral da União (CGU), do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), entre outros. De fato, um dos grandes problemas que se sente é a dificuldade de obtenção de provas, pois a corrupção é geralmente feita com o manejo de métodos discretos, v.g., acordos espúrios não documentados

e contrafação de papéis buscando atribuir legitimidade a atos ignóbeis.

Uma das maiores dificuldades em relação a isso é a efetivação da quebra de sigilo das comunicações telefônicas nos crimes de corrupção. Isso porque os requisitos dessa medida vêm sendo interpretados de maneira absoluta e abstrata e não com base nas particularidades do caso concreto, que levariam ao almejado resultado ótimo.

No caso concreto, geralmente se percebe certa peculiaridade dos crimes de corrupção em relação aos demais delitos. É que, para os crimes em geral, a interceptação telefônica é feita em busca notadamente da operacionalidade do Direito Penal. Já no crime de corrupção, além desse objetivo, persegue-se a salvaguarda de direitos umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana, a exemplo da saúde, da educação, da moradia e do saneamento básico.

Justamente por isso, em certas condições apuradas no caso concreto, o direito à privacidade do investigado deve ser ainda mais mitigado na apuração do crime de corrupção, à luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

A principal forma de se chegar a isso é atribuir a correta interpretação ao primeiro requisito previsto na Lei 9.296/96 para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas: a demonstração da razoabilidade dos indícios de autoria ou participação em crime.

De fato, a análise da razoabilidade deve ser casuística.

Apenas o caso concreto poderá dizer o que vem a ser ou não razoável.

Sem embargo disso, é intuitivo que a razoabilidade exigida para a quebra de sigilo telefônico é menor que aquela que se impõe no ato do oferecimento da peça acusatória. Isso é assim para todos os delitos. Já quando se está investigando casos de corrupção, as referidas particularidades desse crime devem ser aquilatadas pela proporcionalidade em sentido estrito, levando ao maior abrandamento do direito à privacidade.

Em termos mais diretos, nos crimes de corrupção, a razoabilidade que a lei exige para a interceptação telefônica, em regra, é mínima, sendo evidentemente menor que a imposta ao oferecimento da denúncia bem como menor que a necessária ao afastamento do sigilo das comunicações telefônicas nos demais crimes.

O direito à privacidade do investigado também deve ser abrandado pela correta interpretação do segundo requisito da quebra de sigilo das comunicações telefônicas: a inexistência de outros meios disponíveis de obtenção da prova.

No plano empírico, não é incomum que os juízos de primeiro grau atribuam certo tom de absoluto a esse requisito, por inegável receio de que o árduo trabalho seja perdido com a invalidação das provas nas instâncias superiores. Diante disso, em regra tem-se exigido a demonstração de que é totalmente impossível de se obter provas pelos meios ordinários. A leitura correta desse

requisito, contudo, deve ser aquela que entende que a prova disponível é aquela razoavelmente viável. Em contraposição, as provas sobremaneira dificultosas devem ser tachadas como indisponíveis e desconsideradas na avaliação do requisito.

À evidência, a interpretação aqui proposta não resolverá o histórico problema da corrupção no Brasil. Ela, porém, tornará possível o avanço das investigações desses crimes, permitindo a identificação e a punição dos corruptores e dos corrompidos.

E o aumento da punição será inevitavelmente acompanhado da diminuição desses crimes, pois se sabe que a impunidade é a máquina motriz de novos delitos. É ela quem estimula as ações criminosas daqueles que têm a certeza de que não serão punidos.

Title: The Peculiarity of the Interpretation of Breach of the Secrecy Requirements of Telephone Communications in Crimes of Corruption.

Abstract: This study presents a proposal of interpretation of the first two requirements of the infra-constitutional legislation for breach of confidentiality of telephone communications in crimes of corruption in the broad sense. Such requirements would be the following ones: the presence of reasonable evidence of perpetration or participation in crimes and the demonstration that evidence can not be obtained by other means available. It's some of the peculiarities of corruption crimes – compared to other offenses – which make the right to privacy – which protects the confidentiality of telephone communication – be further investigated. This, in its turn, gives more space to the search for a greater operability of Criminal Law. Starting from the ideas of Robert Alexy on the technical ponderation of fundamental principles, it aims to interpret the above terms “reasonableness of perpetration or participation in crimes” and “other means available” in corruption crimes. By doing so, this study demonstrates that

the evaluation of the telephone tapping requirements should be made in a concrete case, aiming for an optimal result.

Keywords: Confidentiality of telephone communication. Crimes of corruption. Right to privacy. Fundamental rights. Human dignity. Proportionality in the strict sense. Law of collision.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Ridendo Castigat Mores. 1764. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.047/2008*. Regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição, altera o art. 581 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 do Código de Processo Penal, e revoga a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410928>>. Acesso em: 3 maio 2015

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1969). *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 1 fev. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 203.405/MS, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. 28 jun. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 103.236, da Terceira Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 jun. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 3 set. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 1, p. 77-90, out./dez. 1992. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043>. Acesso em: 25 abr. 2015.

FUENTES, André. *Impávido colosso*: gráficos, estatísticas e curiosidades nada lisonjeiros sobre o Brasil. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/em-um-ano-o-brasileiro-trabalha-5-meses-para-pagar-impostos-1-mes-so-para-pagar-icms/>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

GARCIA, Giselle. *Brasil sobre três posições em ranking mundial sobre corrupção*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-12/brasil-sobe-tres->

posicoes-em-ranking-mundial-sobre-corrupcao>. Acesso em: 28 abr. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 2011.005719-9/0000-00, 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. *Diário de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul*, Campo Grande, 29 mar. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Tiago. *Propina acontece no Brasil inteiro, diz Paulo Roberto Costa à CPMI da Petrobras*. Brasília, DF, 13 dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/478707-PROPINA-ACONTECE-NO-BRASIL-INTEIRO,-DIZ-PAULO-ROBERTO-COSTA-A-CPMI-DA-PETROBRAS.html>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=199&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/06/03/ainda-as-regras-e-os-principios-o-artigo-de-virgilio-afonso-da-silva/>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GODOY, Kleber Alexandre de. A peculiaridade da interpretação dos requisitos da quebra do sigilo das comunicações telefônicas nos crimes de corrupção. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 445-486, 2015. Anual.

Submissão: 6/5/2015

Aceite: 15/7/2015

A Colaboração Premiada no Direito Brasileiro: uma Análise de Legitimidade à Luz do Garantismo de Ferrajoli e do Garantismo Integral

Bruno Utsch Mesquita

Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Servidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Resumo: Este estudo tem como objetivo analisar a colaboração premiada dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, analisam-se inicialmente a definição e os limites do instituto, procura-se, após, criticar o modo descompassado e descuidado que legislador tratou da matéria em várias oportunidades. Finalizando o campo legislativo, a pesquisa tenta levantar prognoses sobre o PLS 236/2012, projeto do novo Código Penal, que também abarca a matéria. Ao final, busca-se comprovar que a polêmica em torno da disciplina é tão somente aparente. De fato, os campos de tensão criados nos âmbitos constitucional, ético e jusfilosófico podem ser vencidos com o enfoque no Garantismo Integral.

Palavras-chave: Ferrajoli. Colaboração premiada. Processo penal. *Plea bargain*. Garantismo integral.

Sumário: 1 Colaboração Premiada e Aspectos Introdutórios. 2 A Colaboração Premiada no Brasil. 3 Princípios, Garantias e Garantismo. 4 Garantismo Integral. 5 Necessidade, Adequação e Proporção em Sentido Estrito. 6 Ética e Colaboração Processual do Acusado. 7 Brasil, Estado Nacional Cooperativo. 8 A Promessa: Projeto do Novo Código Penal. 9 Conclusão. Referências.

1 Colaboração Premiada e Aspectos Introdutórios

Em tom de premonição, Ihering já imaginava que, um dia, as relações sociais se tornariam tão complexas, que o Direito, no

seu papel de conformador de tais interações, seria insuficiente para a proteção dos interesses da sociedade somente à base de penas. Seria necessário, além de punir o errado, premiar o correto. Cuida-se do direito premial. A seguinte passagem ilustra o seu pensamento:

Um dia, os juristas irão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade (IHERING, 1997, p. 67).

Transportando essa conjunção de fatores para o plano do Direito Penal, a realidade não é diferente. Com o passar do tempo, os crimes acompanharam a evolução da sociedade e também se tornaram mais complexos, especialmente pelo uso de tecnologias disponíveis como fruto da revolução digital. Hoje, de posse somente das ferramentas de investigação e punição tradicionais, o Estado se mostra incapaz de combater satisfatoriamente a criminalidade. Nesse contexto, surge o direito premial como uma modalidade de direito que ainda não tem autonomia, mas ganha cada vez mais espaço nos ordenamentos jurídicos pelo mundo. Em especial, para o foco de interesse aqui delimitado, trata-se da colaboração do acusado com a justiça por meio do instituto da delação premiada.

O conceito mais reproduzido de delação premiada em nossa cultura jurídica talvez seja o cunhado por Damásio de Jesus:

Delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). “Delação premiada” configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.) (JESUS, 2005).

O significado da delação, assim, implica primariamente uma confissão que se desdobra em uma forma de colaboração com as investigações policiais ou com o processo criminal.¹ Portanto, o colaborador é também um investigado, já que, de algum modo, tomou parte na empreitada criminosa que revela

¹ Rascovski, adotando o posicionamento majoritário, afirma que o delator, de maneira imprescindível, deve não só denunciar um corrêu, mas também confessar, expondo o fato que praticou com seus comparsas, admitindo a existência do fato e a sua prática (INELLAS, 2000, p. 93 apud RASCOVSKI, 2011, p. 153). O autor conclui amparado no pensamento de Inellas: “Só se pode falar em delação quando o réu também confessa, porque, se negar a autoria, atribuindo a outrem, estará escusando-se da prática criminosa, em verdadeiro ato de defesa e, portanto, o valor da assertiva, como prova, será nenhum. Dessarte, o elemento subjetivo essencial na delação, para sua credibilidade como prova, é a confissão”. Importante ressaltar que a posição de que a colaboração processual é precedida necessariamente de uma confissão, não é unânime. Em sentido contrário, Gazzola entende a delação premiada como um negócio jurídico bilateral. Para ele, a confissão do delator não é obrigatória. (ver GAZZOLA, 2009, p. 158). Essa posição é isolada e não é aceita pelos Tribunais Superiores (ver BRASIL, 2011): “O instituto da delação premiada consiste em um ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime.” e (BRASIL, 2010): “A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem”.

(OLIVEIRA, 2011). Tal posição peculiar enseja cuidados na avaliação de sua colaboração. É dizer, o seu tratamento dentro das investigações policiais ou do processo penal não deve ser tomado como imparcial, pois o colaborador é interessado em tudo aquilo que revela bem como nas consequências jurídicas que decorrem de seu ato como colaborador da justiça (SILVA, 2009).

A colaboração ganha o predicado de premiada quando, para aquele que se dispõe a cooperar, é oferecido um incentivo na forma de barganha, geralmente materializada como um abatimento na pena. A gradação do prêmio deve ser proporcional à utilidade e à relevância da declaração prestada, variando de zero até a possibilidade do perdão judicial.

Fixado o conceito do instituto, é possível ainda analisá-lo sob o prisma temporal. Ainda que com variações e temperos pontuais, a delação premiada não é um instituto moderno (FONSECA, 2008, p. 249). Cesare Beccaria (2000, p. 41), por exemplo, ainda no século XVIII, já alertava sobre a possibilidade de “[...] certos tribunais oferecerem a impunidade ao cúmplice de um grande delito que atraiçoar os seus colegas”. Somando-se os textos de Beccaria e Ihering vê-se, assim, que a prática de prestar declarações para as autoridades estatais em troca de uma vantagem qualquer não é novidade.

Paradoxalmente, apesar de longo, o tratamento jurídico da delação premiada realmente tem se desenvolvido nos dias modernos: timidamente já no período da Revolução Industrial e

profundamente com a Revolução Digital (RASCOVSKI, 2011, p. 144).

É possível perceber que a versão moderna do instituto sempre surge como resposta do Estado para momentos de grave crise democrática, o que acaba por servir de justificativa para a adoção da concessão de benesses pessoais em troca da colaboração do acusado. Normalmente, são momentos emergenciais caracterizados pela ineficiência do tradicional sistema de persecução penal para combater todo o tipo de criminalidade, especialmente a que envolve o crime organizado, como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, terrorismo político, evasão de divisas, entre outros, costumando-se vislumbrar traços gerais no *modus operandi* de tais crimes, que envolvem sempre o concurso de agentes, a tecnologia, a hierarquia e, sobretudo, o sigilo de suas operações (ESTELLITA, 2009, p. 92).

Inicialmente, o discurso utilizado para abonar o uso do réu colaborador se apoia na emergência da situação e na ineficiência dos modelos tradicionais de persecução penal quando em cotejo com os desafios apresentados no combate às novas modalidades de crimes. A consagração de seu uso, ao seu turno, costuma ter um viés utilitarista, amparada no indiscutível sucesso do instituto para o combate, de modo eficaz, de um tipo de criminalidade que deixa poucos rastros e no qual o sigilo, como dito, é a marca principal (PEREIRA, 2013, p. 92); características que, somadas, dificultam o “[...] seu desmantelamento e a identificação ou

responsabilização penal de seus integrantes” (LIMA, 2013, p. 285).

No entanto, ao contrário do que o tempo de uso do instituto da colaboração premiada possa indicar, a sua sistematização está longe de ser uniforme, seja no Brasil, seja no direito comparado. Não há consenso em aspectos substanciais de sua própria denominação, de sua natureza jurídica, do seu âmbito de aplicação ou, ainda, da sua legitimidade frente aos questionáveis e relevantes aspectos éticos e morais envolvidos (PASTRE, 2009, p. 59).

2 A Colaboração Premiada no Brasil

No Brasil, percorrendo o caminho trilhado e adotando-se como fio condutor um prisma temporal, a moderna delação premiada ganha novos contornos com a edição da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). Tal lei representou uma resposta legislativa à crescente insatisfação popular com a violência urbana. Havia um cenário de pânico social em relação à criminalidade e o conseqüente discurso de reação a bem da segurança pública ensejou a elaboração da aludida lei, em um típico uso simbólico do Direito Penal (CARVALHO, 2009, p. 99).

Após essa reinvenção do instituto que não era positivado desde as Ordenações Filipinas (RASCOVSKI, 2011, p. 141), a delação premiada também não recebeu o tratamento devido quando prevista na Lei nº 9.034/95. No mesmo sentido, no ano de 1998 entrou em vigor a Lei nº 9.613, a denominada Lei de

Lavagem de Dinheiro. Já no ano seguinte, entrou em vigor a Lei nº 9.807/99, dispondo sobre a proteção especial para vítimas e testemunhas.

Essa dinâmica legiferante descuidada foi ainda reproduzida na Lei nº 8.137/90 (Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), por força da alteração promovida pela Lei nº 9.080/95; na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) e na Lei nº 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

A mais recente previsão ocorreu com a Lei nº 12.850/2013, que deu importante passo ao informar mais conteúdo e garantir maior robustez à colaboração do réu com a justiça, preenchendo muitas lacunas, mas sem responder plenamente as críticas da doutrina. Desse modo, em todos os casos, uma crítica quase unânime na doutrina contra o instituto refere-se à falta de clareza e normatização adequadas (PEREIRA, 2009, p. 26).

Para não correr o risco de desnecessária repetição, limita-se a pontuar que nenhuma dessas leis abarca com rigor a sistematização da matéria colaboração processual. Nenhuma é capaz de minimamente harmonizar os critérios de caracterização e legitimidade do instituto e os efeitos da colaboração do acusado (LIMA; CARVALHO, 2009, p. 133).

Entretanto, a colaboração premiada também gera campos de tensão mais abstratos relacionados com a ética e a moral do prêmio concedido ao colaborador, ao argumento de que o Estado concede um prêmio ao traidor, bem como com aspectos de Direito

Constitucional que a deslegitimam na ordem normativa brasileira. Esse é o principal ponto do presente artigo e será trabalhado adiante.

3 Princípios, Garantias e Garantismo

No presente artigo, o foco é sobre pontos éticos, constitucionais e jusfilosóficos que envolvem a colaboração premiada, tendo como marco teórico o Sistema Garantista proposto por Luigi Ferrajoli.

Com efeito, muitas das divergências doutrinárias que se apresentam estão em um nível diferenciado e principiológico, fora de questões procedimentais ou instrumentais, e que envolvem a própria viabilidade e legitimidade da colaboração premiada dentro do sistema processual penal constitucional brasileiro. Nesse passo, dado o marco teórico adotado, o primeiro questionamento que se deve esclarecer é se o Brasil segue, por força da Constituição Federal de 1988, o modelo do Sistema Garantista.

A questão é posta afirmativamente quase que em uníssono pela doutrina e, justamente por isso, não são necessárias grandes digressões para se dizer que o Brasil, Estado Democrático de Direito (ainda que alguns considerem este um paradigma inconcluso), segue as premissas do Sistema Garantista.

Em sua obra *Direito e Razão*, Ferrajoli ensina que o Sistema Garantista é delineado por uma Teoria Geral do Garantismo, que é marcada por três acepções. Na primeira acepção, garantismo designa um modelo normativo de direito. Na segunda, uma teoria

jurídica que dispõe acerca da existência e efetividade das normas, distinguindo a sua validade de sua vigência. Na terceira, por fim, uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado uma carga de justificação externa na tutela dos bens e interesses jurídicos que justificam as suas próprias existências (FERRAJOLI, 2006, p. 851-854).

Ferrajoli afirma que a Constituição brasileira de 1988 inaugurou o que ele denomina de constitucionalismo de terceira geração. De fato, ele tece elogios ao texto constitucional, tomando-o como muito avançado. Em adição, segundo o jurista italiano, todo o extenso suporte do texto constitucional resulta em uma postura de Estado Constitucional de Direito extremamente potencializada, seja na tutela das garantias primárias ou das garantias secundárias. Nessa proteção, o papel conferido ao Ministério Público ganha especial destaque, devido a todas as garantias, atribuições e autonomia conferidas ao órgão (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 231-234).

Por sua vez, Antonio Scarance Fernandes (2012, p. 23-25), com base no constitucionalista José Afonso da Silva, afirma que o Brasil sempre contemplou normas de garantia individual e coletiva, notadamente na vigente Constituição Federal de 1988 com o seu extenso rol de direitos fundamentais assentado no artigo 5º. Desse modo, há um rico arcabouço jurídico limitando o forte poder estatal intervencionista. No mesmo sentido, Pacelli é taxativo ao afirmar que, tanto sob o ponto de vista normativo quanto teórico, a Constituição da República não deixa margem

a dúvidas quanto à sua opção garantista. O doutrinador justifica sua afirmação no fato de o texto constitucional consolidar uma estrutura dialética para o processo judicial, por observar os axiomas garantistas postos por Ferrajoli bem como pela clara separação dos entes que compõem a estrutura do Poder de Estado (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2013, p. 25).

Tem-se, portanto, como positivo o questionamento apresentado: o Brasil, sem dúvidas, optou pelo modelo garantista.

Fixada a premissa de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito que optou pelo Sistema Garantista, deve-se analisar, então, se há alguma compatibilidade entre a técnica da colaboração do acusado com a justiça e os princípios e balizas constitucionais garantistas assentados por Ferrajoli.

Quanto ao tema, o próprio jurista italiano se encarrega de eliminar qualquer espaço de dúvida. Para ele, não há nenhuma possibilidade de se admitir a compatibilidade de institutos da justiça negociada, colaboração do acusado ou delação premiada com o Sistema Garantista. Em um apertado e breve resumo, as razões de Ferrajoli para rechaçar em absoluto a colaboração premiada partem da diferenciação entre os modelos acusatório e inquisitivo. É dele a seguinte definição:

[...] pode-se chamar de acusatório todo o sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado

pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo o sistema processual em que o juiz procede de ofício à produção, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e dos direitos da defesa (FERRAJOLI, 2006, p. 519-520).

Acusatório, assim, é o único sistema processual aceito pelas bases do Sistema Garantista. Nos dizeres de Ferrajoli (2006, p. 495), “[...] a principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da submissão à jurisdição, expressa pelo axioma *nulla culpa sine iudicio*”. Como consequência, a justiça negociada não se amolda aos pilares garantistas (COUTINHO, 2006). No mesmo sentido, Geraldo Prado (2006, p. 10) é enfático ao asseverar que “[...] não há na delação premiada nada que possa, sequer timidamente, associá-la ao modelo acusatório de processo penal”.

Para demonstrar tal insuperável incompatibilidade, a técnica estadunidense do *plea bargaining*, como espécie do gênero de justiça negocial, é o objeto do exame realizado por Ferrajoli. Dentro de seus estudos, o autor não poupa a *plea bargaining* de duras críticas. Entre as mais contundentes, pode-se pinçar o que ele considera violações inaceitáveis ao princípio da publicidade, ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e ao papel do acusador público. Suas conclusões sobre cada uma das transgressões ao Sistema Garantista podem ser condensadas nos dizeres que agora se seguem.

Iniciando-se pelo princípio da publicidade, no entendimento

de Ferrajoli (2006, p. 523), independente do sistema judicial adotado (*common law* ou *civil law*), jamais se pode discutir “[...] o princípio da publicidade da ação, tornada desde então uma conquista pacífica de toda experiência processual contemporânea”. Em sua concepção, o princípio da publicidade é o responsável por assegurar o controle tanto interno como externo da atividade judiciária. Em suas palavras, “[...] trata-se do requisito seguramente mais elementar e evidente do método acusatório” (FERRAJOLI, 2006, p. 567).

No que tange à discricionariedade da ação “[...] e a consequente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos” (FERRAJOLI, 2006, p. 523), Ferrajoli a compreende como a verdadeira antítese dos axiomas do sistema acusatório *nulla culpa sine iudicio* e *nullum iudicium sine accusatione*, pois é inconcebível, no proposto modelo, o reconhecimento da culpa do acusado sem que esta derive necessária e obrigatoriamente da atividade de jurisdição obrigatória, inderrogável e pública (FERRAJOLI, 2006, p. 523-524).

Quanto aos princípios da oportunidade e da disponibilidade, como visto, no modelo norte-americano, manifestam-se principalmente por meio da transação entre o acusador público e o acusado (*plea bargaining*) seguida da consequente declaração de culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais. Contudo, para o doutrinador italiano, essas manifestações

[...] representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo a exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo (FERRAJOLI, 2006, p. 523-524).

Por fim, analisando o papel do Ministério Público dentro de uma justiça negociada, Ferrajoli tem a situação como absurda. Para ele, jamais poder-se-ia admitir um acusador público (pouco importando que seja eleito) atuar à margem das disposições legais e “[...] dotado do poder de escolher arbitrariamente quais violações penais são merecedoras de perseguição ou ainda de predeterminar a medida da pena pactuando com o imputado” (FERRAJOLI, 2006, p. 523-524).

É certo, nos seus dizeres, que o resultado de tal negociação quebra completamente o sistema de garantias. Assim o faz, pois, ao agirem desatrelados do princípio da legalidade o acusador e o acusado (ainda que orientado por um defensor) acabam por romper com o “[...] nexo causal e proporcional entre a pena e o crime” (FERRAJOLI, 2006, p. 691). Desse modo, a pena fica condicionada a fatores caros à subjetividade dos juízos de valores, tais como o espírito aventureiro do acusado (devendo ser entendido mais como coragem e disposição para enfrentar o ônus de um processo penal), a habilidade negociadora da defesa ou a discricionariedade da acusação (FERRAJOLI, 2006, p. 691).

Portanto, ainda sob o escólio de Ferrajoli, toda a negociação se dá sem o compromisso de respeito aos princípios da igualdade, da certeza e da legalidade penais, pois não há qualquer “[...] critério legal que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público e que discipline o seu engajamento com o imputado”. Para ele, a “[...] transação penal, de fato, não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso”. Em conclusão, para Ferrajoli,

Contrariamente à tradição inquisitória, em que a acusação era obrigatória para os cidadãos e discricionária para o acusador público, a ação penal deve, em suma, ser um dever para os órgãos do Ministério Público e um direito para os cidadãos (FERRAJOLI, 2006, p. 525).

Logo, dentro da teoria do Garantismo, cujo marco histórico é a obra *Direito e Razão*, aparentemente, não há espaço para a colaboração premiada. Diz-se aparentemente, pois aqui há de se fazer uma distinção fundamental para a proposta do trabalho.

É que o modelo posto nestes termos por Luigi Ferrajoli é idealista. É dizer, cuida-se de um Sistema Garantista *modelo*, com o predicado sendo usado na acepção de um arquétipo. É uma teoria que, no mundo concreto, não se habilita a existir de modo puro e imaculado.

4 Garantismo Integral

Norberto Bobbio, responsável pelo prefácio da obra *Direito e Razão*, afirma que “[...] o garantismo é um modelo ideal ao qual

a realidade pode mais ou menos se aproximar” (FERRAJOLI, 2006, p. 9).

Outro alerta de Bobbio ao modelo do Sistema Garantista é reforçado por Pacelli “[...] tão problemática é uma teoria sem controle empírico quanto uma prática sem princípios” (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2013, p. 23). Trocando em miúdos, a afirmação implica falta de valia de qualquer compreensão teórica dissociada da prática cotidiana humana. Ao revés, também não se pode desejar uma aplicação de conhecimentos sem uma vinculação a princípios.

Assim, uma vez demonstrado que o modelo puro do Sistema Garantista não se coaduna com a colaboração da justiça, quais devem ser os cuidados para que, no mundo real, haja o mínimo de restrição nas garantias fundamentais e o respeito às metas fixadas pelo Sistema Garantista seja maximizado o tanto quanto possível?

A solução parece residir no próprio garantismo. Todavia, não no garantismo meramente individualizado, limitador do Estado, responsável por garantir apenas a proteção do indivíduo. A resposta se materializa ao compreender o Sistema Garantista de modo integral.

Com efeito, apesar de ser o mais difundido no Brasil, o modelo garantista de Ferrajoli é apenas um dos modelos garantistas (MENDONÇA, 2013, p. 181). É dizer, com apoio especial em Douglas Fischer (2009) e em Vlamir Magalhães (2010), que a discussão sobre o garantismo no Brasil vem se desenvolvendo de maneira maniqueísta. Aqueles rotulados como garantistas

correspondem à vanguarda do bem, ao passo que aqueles que não se alinham com tais ideais formam a retaguarda do mal. Contudo, a vida prática é bem mais complexa (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2013, p. 23).

A abordagem do Sistema Garantista Integral, ciente de tal complexidade imposta pela própria existência, não nega o garantismo individual, mas sim o complementa. O enfoque é também buscar analisar a contrapartida de todos direitos (individuais, metaindividuais e coletivos), que de igual forma estão constitucionalmente tutelados. O que se pretende é interpretar o garantismo sopesando-se as garantias dos direitos fundamentais individuais em conjunto dos demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais de natureza metaindividuais. Em síntese:

Do *garantismo penal integral* decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos *garantismo penal hiperbólico monocular*: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e

de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do *garantismo penal integral* (FISCHER, 2013, p. 53, grifo do autor).

Nessa medida, o garantismo integral busca tutelar garantias com o intuito de maximizar a eficácia de todos os direitos fundamentais segundo o que está determinado na Constituição. Essa proteção integral implica duas vertentes: o (celebrado) garantismo negativo, responsável pelas garantias individuais, e o (esquecido) garantismo positivo, como o dever de proteção estatal aos direitos coletivos em sentido *lato*.

Assim, ser garantista “[...] não significa adotar uma postura refratária, em gênero, à intervenção jurídico-penal, e tampouco militar pela aplicação da solução processual mais benéfica ao acusado” (FELDENS, 2008, p. 66 apud MENDONÇA, 2013 p. 181). O modelo garantista de Ferrajoli, devido ao contexto histórico em que fora formulado, se debruça em proteger o indivíduo contra abusos. Dessa maneira, no seu ponto de vista, o processo penal deve obrigatoriamente se pautar nos princípios da jurisdicionalidade em sentido amplo, da inderrogabilidade do juízo, da presunção de inocência, do contraditório e na separação das atividades de julgar e acusar. Entretanto, no presente

[...] contexto da atual Constituição Federal, marcada pela proteção dos direitos fundamentais como um de seus pilares mestres, o Direito Penal e seus instrumento de aplicação, o Processo Penal, devem ser vistos em um marco protetor destes

mesmos direitos fundamentais. Em outras palavras, o Direito Penal não pode mais ser visto como inimigo do cidadão, mas, ao contrário, como um dos instrumentos mais fortes de proteção de seus direitos fundamentais (MENDONÇA, 2013, p. 182).

O legislador não pode transformar e inovar o Direito Penal ou Processual Penal desconsiderando as balizas firmadas pela Constituição. O seu ponto de partida deve ser, sempre, os princípios constitucionais, entendidos como o reflexo da ideologia constitucionalmente firmada. Nesse passo, os direitos e garantias individuais de todos que participam do processo penal devem ser respeitados (BARROSO, 1998, p. 141).

Nessa medida, o Estado, além de garantir a proteção do indivíduo, tem o dever de proteger e efetivar a tutela jurisdicional de modo satisfatório, assegurando, inclusive, a efetividade do seu exclusivo poder-dever de punir. Essa responsabilidade é do interesse de toda a sociedade, que tem o direito de ter o esclarecimento sobre as condutas criminosas bem como, em caso de sanção, sobre a fiel execução da condenação nos moldes constitucionais (MENDONÇA, 2013, p. 183).

Assim, caso seja necessário, adequado e proporcional, o garantismo positivo deve poder limitar o garantismo negativo, sem que isso acarrete, necessariamente, algum tipo de desequilíbrio ou ofensa aos postulados da Constituição Federal (FISHER, 2013, p. 43-44).

Fica então demonstrado, espera-se, que o rotulado “[...] garantismo penal hiperbólico monocular” (negativo) não pode

prevalecer sobre o garantismo integral (positivo). E a recíproca é verdadeira. Na verdade, a busca do sistema estatal deve ser sempre incessante no sentido de maximizar todos os direitos postulados na Constituição, e não só os direitos liberais de primeira dimensão, como se tem comumente defendido.

5 Necessidade, Adequação e Proporção em Sentido Estrito

Para os fins aqui propostos, uma vez apresentada a diferença entre o garantismo individual e o garantismo integral, resta demonstrar agora a adequação da colaboração premiada, a sua necessidade e a proporcionalidade de sua adoção para que se justifique a imperativa, racional e proporcional mitigação do garantismo negativo pelo garantismo positivo.

Como é sabido, a análise de adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito, deve se dar nessa ordem, um não podendo ser examinado antes do outro. Esses requisitos são também cumulativos, ou seja, devem estar presentes em todos os atos (ÁVILA, 2013, p. 182-186).

Nesse passo, o primeiro requisito a ser comprovado é a adequação entre o fim perseguido e o meio empregado pelo agente de poder. Um ato estatal será considerado adequado sempre que ele for considerado apto a atingir determinada finalidade. A avaliação do meio empregado deve ser puramente objetiva, sem valorações axiológicas em torno da sua maior justiça ou injustiça. Na adequação não se avalia qualquer aspecto de justiça ou injustiça. Por isso a doutrina sustenta que nesse requisito tem-

-se um exame isolado do meio empregado, ou seja, não o analisa comparado com outros meios que poderiam ser empregados (ÁVILA, 2013, p. 187-193).

Assim, em breves linhas, a colaboração é adequada, porque é apta à sua finalidade de instrumentalizar o Estado com informações seja sobre o destino e a localização dos bens oriundos das atividades criminosas, seja sobre a estrutura da organização criminosa.

Vencido o teste de adequação, passa-se, agora, a análise da necessidade da colaboração premiada.

Para tal desiderato, é necessário pontuar que “[...] o dever estatal de garantir a segurança de todos os cidadãos é um dos fundamentos da própria existência e legitimação do Estado” (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 189). A certeza da manutenção da segurança nos âmbitos interno e externo é dever do Estado ao mesmo tempo em que é um direito do cidadão, até mesmo como condição primordial para que seja viável o exercício de todos os seus demais direitos fundamentais (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 246).

A justificativa que legitima a necessidade da colaboração premiada decorre exatamente dessa obrigação estatal de proteção. Com efeito, a “[...] eficiente e justa atuação do Judiciário e do Ministério Público no processo de julgamento do alegado *ius puniendi* estatal afigura-se como direito social constitucionalmente assegurado” (LIMA, 2013, p. 299). Dado esse fato, em paralelo, é certo também que as atividades das organizações criminosas

e também do terrorismo representam um perigo concreto para a segurança da sociedade (LIMA, 2013, p. 303).

Da soma dos dois últimos fatores (obrigação de exercer o *ius puniendi* e nocividade do crime organizado), sob o prisma do garantismo integral, há uma consequente proibição da proteção insuficiente por parte do Estado da tutela do direito de bem-estar e segurança da sociedade (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 246). Essa proibição constitui a comprovação da necessidade. Assim, fica determinado o dever de agir do Estado no sentido de prevenir e reprimir também tais modalidades delitivas organizadas com o viés de concretizar o direito a segurança pública (LIMA, 2013, p. 299).

O dever de proteção aqui se dá, também, mas não exclusivamente, pela adoção de medidas de ordem penal e processual penal, que podem ser derivadas do dever de proteção, sem representar uma perversão da ideia de direitos fundamentais (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 246-247).

Nesse especial cenário de ameaça de lesão, violação ou insatisfação na tutela dos direitos individuais e coletivos (em sentido *lato*), faz-se necessário o uso de técnicas alternativas e excepcionais para realizar o dever estatal de proteção, ainda que sua adoção se traduza em algum nível de mitigação de garantias individuais. E não há nada de errado, injusto ou em contrariedade com a ordem jurídica nesse uso de técnicas processuais não clássicas. A necessidade da colaboração premiada decorre da carência dos meios aptos de produção de prova tradicionais

(baseados no garantismo negativo) contra um tipo especial de criminalidade: o crime organizado (LIMA, 2013, p. 303).

Com efeito, demonstrar em juízo os atos de uma organização criminosa é tarefa das mais árduas na atualidade. O maior desafio posto para o legislador e para a doutrina nos tempos modernos é o combate à criminalidade organizada, em razão da própria complexidade, especialidade e natureza sigilosa das suas atividades (FERNANDES, 2012, p. 32-33).

Winfried Hassemer (2007, p. 139) ensina que a “[...] ‘prevenção técnica’ poderia ser um meio que pode substituir constantemente a intervenção nos direitos da liberdade dos cidadãos”. Ocorre que o aparato estatal do que o autor transparece delinear, mas não diz ser, como uma espécie de “Direito Administrativo sancionatório” ainda é muito incipiente. Portanto, não é capaz de satisfazer a necessidade por melhores meios de supressão da criminalidade organizada.

Essa deficiência em aparatos hábeis para produzir os meios probatórios necessários não pode ser admitida pelo Estado Democrático de Direito, sob pena de violação do garantismo positivo. Nesse passo, o Estado deve maximizar a busca por caminhos alternativos que viabilizem o incremento da quantidade e da qualidade de material informativo/probatório que seja capaz de embasar satisfatoriamente uma sentença penal de mérito, seja ela condenatória ou absolutória (LIMA, 2013, p. 303).

Ao mesmo tempo, o Estado deve ser controlado por meio de regras claras, para que o sucesso de um instituto que

possui, obrigatoriamente, características de alternatividade, excepcionalidade e temporariedade nunca extrapole os estritos limites da necessidade e se vulgarize. De fato, é imperativo que a adoção dos meios excepcionais de obtenção da prova para a apuração da criminalidade organizada seja “[...] marcada pela estrita necessidade, a fim de se evitar excessos nesse delicado campo” (SILVA, 2002, p. 2-3), pois qualquer restrição aos direitos fundamentais deve ser decidida de modo seguro e certificado, sopesando-se as consequências desejáveis e indesejáveis, sem fazer “[...] recrudescimentos jurídicos em lotes” (HASSEMER, 2007, p. 146). Assim, uma política de segurança interna proporcional deve sempre agir de modo comedido e objetivo.

Dessa feita, fica comprovada a necessidade de adoção de técnicas alternativas de meios de prova, sobretudo para o combate à criminalidade organizada, visto que de outro modo não se consegue atingir o seu efetivo combate.

Todavia, de posse tão somente dos argumentos da adequação e da necessidade, a justificativa para a adoção da colaboração premiada ainda se encontra incompleta (ÁVILA, 2013, p. 182-186). Há que se demonstrar, ainda, a proporcionalidade racional da adoção da colaboração premiada como medida excepcional. Em outras palavras, é preciso demonstrar que a colaboração premiada é o melhor (ou o menos pior, a depender dos olhos de quem observa) caminho alternativo apto a produzir os resultados almejados. Em última análise, cuida-se de uma ponderação de custo *vs.* benefício (ÁVILA, 2013, p. 182-186).

Esse critério de adequação e proporcionalidade da colaboração premiada talvez seja mais bem elucidado por meio da exclusão. O método de eliminação se presta a indicar que, entre as medidas alternativas disponíveis, a colaboração premiada é a que menos agride garantias fundamentais individuais (garantismo negativo) e, nesse passo, é a mais legítima dentro de um Estado Democrático de Direito.

Tal argumento parece ser o bastante para afastar algumas posturas radicais de seus críticos, que equiparam a delação premiada a algo diabólico, comparando e nivelando o seu regrado uso com a tortura (GARCIA, 2006) e os métodos inquisitoriais, entre eles o próprio Ferrajoli (2006, p. 524). Com efeito, o traço essencial da colaboração com a justiça deve ser sempre a voluntariedade. De fato, trata-se de um acordo de colaboração.

O depoimento de qualquer acusado, seja ele colaborador da justiça ou não, é uma manifestação do direito de autodefesa, direito de natureza renunciável (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 74-75). O direito a não se autoincriminar, um de seus desdobramentos, reza que não “[...] pode o suspeito ou o acusado ser *forçado* a produzir prova contra si mesmo” (FERNANDES, 2012, p. 264). Logo, é falsa a equiparação da colaboração premiada com métodos de extorsão de declarações como é a tortura. Mesmo porque, seja nos modelos inaugurais, seja no parco regramento brasileiro, a voluntariedade da colaboração é imperiosa para que o magistrado homologue o acordo celebrado.

Nesse passo, parece razoável perceber que, ante a

necessidade de restrições de garantias (e não de eliminação de garantias), a delação premiada protege em maior medida o conteúdo mínimo dos direitos do colaborador, sendo, assim, preferível às outras opções que lhe são erroneamente equiparadas (MIRANDA, 2012, p. 826).

Portanto, o uso da colaboração premiada deve ser regrado, sem que nunca se olvide de “[...] verificar se, no caso concreto, a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face do valor maior a ser protegido” (FERNANDES, 2012, p. 63). E que não se tenha medo: caso se verifique a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade, o garantismo positivo deve sim limitar o garantismo negativo, sem que isso configure obrigatoriamente uma ofensa às liberdades individuais (FISCHER, 2013, p. 43-44).

Por essa exata razão, todas as críticas principiológicas e constitucionais podem ser compatibilizadas com o modelo da colaboração premiada. Como é sabido, nenhum direito fundamental é absoluto. Nesse passo, à luz do Garantismo Integral, há de se compatibilizar o garantismo negativo com o garantismo de proteção sempre que presentes a adequação, a necessidade e proporcionalidade da medida (MIRANDA, 2012, p. 826).

Superadas tais questões, por último, mas não menos importante, deve-se avaliar a legitimidade e a constitucionalidade da colaboração premiada sob o prisma da ética e da moral.

6 Ética e Colaboração Processual do Acusado

O discurso de que a delação premiada é um instituto eticamente reprovável, espúrio e imoral é comum entre seus opositores (GARCIA, 2006; MARCÃO, 2005; NOGUEIRA, 2010; PEDROSO, 2013). Em linhas gerais, a lógica deduzida pelos contrários à delação premial é a de que não pode o Direito fomentar um comportamento que se baseia em uma traição e no rompimento de um dever de confiança (PEDROSO, 2013). Garcia (2006, p. 2-3) aduz que a “quebra de confiança” que se opera com a delação gera, “[...] necessariamente, desagregação, e esta traz a desordem, que não se coaduna com a organização visada pelo pacto social e com a ordem constitucional legitimamente instituída”.

Esse tipo de ponderação não merece proteção jurídica. Antes de ser uma traição, a colaboração é um indício de revelação da verdade. Verdade que, resalte-se, pode levar à resolução e à prevenção de condutas delitivas bem como à captura de uma vítima de sequestro com vida. Aquele que contribui para a proteção de tais bens jurídicos há de merecer benefícios em relação aos comparsas que, de posse de iguais oportunidades, optaram por proteger, seguir e exaurir com a atividade criminosa.

Contrário senso, “[...] o auxílio prestado pelo investigado ou acusado só violaria a ética caso existisse um suposto ‘dever moral’ devido aos integrantes de organização criminosa”, hipótese que se revela totalmente descabida (LIMA, 2013, p. 306). O que melhor sintetiza e refuta a questão é Carlos Lima:

Primeiro ponto a ser superado é o da suposta imoralidade desse acordo, comparado muitas vezes à traição. Amiúde seus detratores equiparam os investigados/réus colaboradores a Judas Iscariotes ou a Joaquim Silvério dos Reis. Trata-se de imagem forte, mas destituída de qualquer razoabilidade. Nenhuma pessoa delatada é Jesus Cristo nem Tiradentes. Não há regra moral na omertà, não se pode admitir como obrigação ética o silêncio entre criminosos. Na verdade, a obrigação é para com a sociedade. O que existe realmente é o dever de colaborar para a elucidação do crime, pois esse é o interesse social (LIMA, 2013).

Com efeito, pensar a colaboração premiada como antiética viola, na verdade, o próprio campo ético jurídico vigente no ordenamento, pois permite que coautores de delitos se beneficiem da qualidade de criminosos, ao se protegerem reciprocamente sem prestarem qualquer declaração com base em um dever moral de companheirismo bandido (LIMA, 2013, p. 306). Na verdade, a obrigação do acusado colaborador é para com a sociedade. O que existe realmente é o dever de auxiliar na elucidação do crime, esse sim um direito de interesse da coletividade (LIMA, 2013), como demonstrado acima, à luz do garantismo integral.

Mittermayer (2008, p. 195), por sua vez, ilustra outro tipo de confusão que também é bem recorrente entre os opositores da colaboração premiada e que, por pressuposto, não merece guarida (NOGUEIRA, 2010, p. 16). O autor parte da premissa de que a delação premiada igualmente é imoral, pois motivada em sentimentos egoísticos e em interesses em prêmios, e não

na proteção da sociedade, podendo incentivar a incriminação de inocentes (MITTERMAYER, 2008, p. 195).

Essa posição, apesar de comum, com a devida vênia, é inverídica, pois mistura campos de conhecimento que devem estar separados.

Em primeiro lugar, em nenhum momento a colaboração premiada objetiva qualquer fim dependente de um sentimento de real arrependimento por parte do agente pelos atos por ele praticados. Cuida-se, portanto, de um sofisma comum na doutrina que busca um reajuste moral do delinquente, impossível de se apurar. Não se exige uma postura de arrependido do colaborador (NOGUEIRA, 2010, p. 16). De fato, a delação não premia o arrependimento, mas sim a colaboração eficaz com o Estado nas investigações e na ruptura de atividades criminosas extremamente nocivas para a sociedade.

Em segundo lugar, com Lima (2005), impõe-se afirmar que “[...] não há nas palavras de um colaborador senão indícios de crimes a serem investigados”. Assim, não se pode permitir incriminações indevidas, pois as declarações do colaborador jamais se bastam. Na verdade, os depoimentos prestados são caminhos a serem seguidos e confirmados. A colaboração processual, portanto, deve sempre servir apenas de gatilho para iniciar investigações ou para que se aprofunde naquelas já em curso, com melhor norte. Ela não se presta a fundamentar uma condenação por si mesma.

Portanto, não obstante o questionamento ético e a censura

moral que a colaboração premiada possa vir a ter, cuida-se de instituto legítimo que “[...] permite ao Estado quebrar licitamente a lei do silêncio que envolve as organizações criminosas” (SILVA, 1999, p. 5) bem como traz o criminoso novamente para comungar dos valores do Estado Democrático de Direito (MONTE, 2001 apud LIMA, 2013, p. 306). Com a lição de Nucci (2013, p. 50) pode-se afirmar, por fim, que a rejeição da colaboração premiada, sobretudo por razões de cunho ético, constituiria um verdadeiro prêmio ao crime organizado.

7 Brasil, Estado Nacional Cooperativo

Ultrapassadas as questões éticas e morais contrárias à colaboração premiada, à guisa de arremate, impõe-se ressaltar que o instituto da delação premiada é hoje uma tendência mundial. O Brasil, na qualidade de um Estado Nacional Cooperativo, não se encontra insulado juridicamente do mundo.

Sobretudo para o combate às organizações criminosas, é crucial a cooperação internacional por meio de Tratados e Convenções, já que a atividade tem como traço definidor o fato de ser transnacional. Desse modo, para o combate efetivo, é necessário um esforço conjunto de todas as nações. Nesse passo, assinalando as tendências mundiais em termos de Direito Processual Penal, Antônio Scarance Fernandes (2012, p. 29) aponta para a evidente aproximação entre os sistemas de direito processual da Europa continental e os sistemas da *Commom law*.

Segundo leciona, a manifestação desse fenômeno que possui

maior destaque é a gradual abertura ao princípio da oportunidade da ação penal, quebrando o dogma do princípio da obrigatoriedade, especialmente mediante novas alternativas procedimentais para evitar o processo e estimular o acordo (FERNANDES, 2012, p. 29-30). No mesmo sentido, o autor ressalta a tendência mundial no tratamento diferenciado às diversas formas de criminalidade, sendo o âmbito do crime organizado o mais problemático. De fato, a colaboração premiada é recomendada por documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. A Convenção de Palermo, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.015/2004, prevê que

[...] cada Estado-Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção (BRASIL, 2004).

A colaboração premiada, nessa medida, é uma técnica especial de investigação (TEI) e vem sendo utilizada há anos com sucesso em vários países, como Itália, França, Colômbia e Estados Unidos, para enfrentar graves problemas de delinquência organizada, inclusive o terrorismo (ARAS, 2010).

De todo o exposto, fica demonstrado a adequação, a necessidade, a proporcionalidade, a moralidade e, via de consequência, a viabilidade, a legitimidade e a constitucionalidade do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico

brasileiro. O instituto da delação ou colaboração premiada, portanto, se submete aos ditames que a essa ordem se impõem.

8 A Promessa: Projeto do Novo Código Penal

Esse parece ter sido o percurso adotado pelo projeto do novo Código Penal, que também abarca a matéria. Tramitando no Congresso Nacional desde 9.7.2012, o Projeto de Lei do Senado (PLS) está sob a rubrica PLS 236/2012, o processo de elaboração do projeto começou em outubro de 2011. A responsabilidade pela relatoria ficou a cargo do então senador Pedro Taques (PDT-MT).

A colaboração premiada é festejada pelo relator. São deles as seguintes palavras:

[...] a colaboração dos agentes criminosos é fundamental, e daí a manutenção necessária do instituto da delação premiada, já vigente no ordenamento jurídico, com inúmeros benefícios efetivos e práticos para a apuração das condutas criminosas. Nem se diga que tal instituto seria imoral ou algo parecido. As críticas a tal instituto com base nessas premissas defluem de questões eminentemente ou preponderantemente ideológicas, mas sem qualquer supedâneo jurídico suficientemente defensável para seu afastamento.

Não apenas por ser uma realidade factível, plenamente conformada pelo sistema constitucional brasileiro (ademais de já chancelada pelo STF), esse instituto é bastante por si mesmo para permitir que, naqueles casos mais graves, possa um dos agentes criminosos ser beneficiado por redução de pena se trazer dados acerca das condutas criminosas de outros agentes, que, concatenados com os demais elementos de prova,

possam auxiliar o Estado na punição efetiva dos demais agentes criminosos (BRASIL, 2013).

Polêmicas à parte, a imprescindível utilização do colaborador deve ser balizada sempre com parcimônia e sempre amparada em outros meios de prova aptos a confirmar as suas declarações (NOGUEIRA, 2010, p. 16), o que, como se verá adiante, foi priorizado no projeto.

A relatoria, assim, transparece um viés bastante pragmático, parecendo se alinhar à recomendação dada por Alfredo Falcão Jr. (2011) ao tratar sobre a delação premiada. Para o autor, ao se trabalhar com o instituto da colaboração processual, é importante buscar caminhos que fujam dos discursos fundamentalistas. Ademais, a medida pede cautela, pois sua transposição pura e simples pode ensejar choques com alguns princípios constitucionais relativos ao processo penal (CARLI, 2009).

De todo modo, ao analisar-se o texto legal propriamente dito, vê-se, em primeiro lugar, que a expressão de cunho ofensivo “delação premiada” foi preterida. No projeto, deu-se preferência à adoção do termo “colaboração com a Justiça”.

Da inicial leitura dos artigos 104 e 105 do PLS 236/2012, aparentemente a lei brasileira seguirá restringindo a delação apenas a um instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, e com reflexos limitados na fixação da pena, com sua diminuição ou concessão do perdão judicial (SILVA, 2009, p. 67). Do mesmo modo, nada muda em relação aos limites máximo e

mínimo para a redução da pena. Também seguem inalterados os requisitos para a concessão dos benefícios ao colaborador.

Quanto aos pontos de inovação do projeto, verifica-se a presença de alterações que trazem consequências positivas à consolidação do instituto da colaboração premiada no Direito brasileiro. Caso ocorra a manutenção da colaboração premiada nos termos postos, pelo lado positivo pode-se indicar, em primeiro lugar, a previsão de novo benefício de aplicação de penas restritivas de direito. É mais uma hipótese de benesse para o colaborador voluntário, o que aumenta as possibilidades do acusador frente ao acusado, dando mais viabilidade e eficácia ao instituto.

O artigo 105 do projeto, em adição, traz muitas inovações salutares. Com efeito, se fixou expressamente a necessidade da presença do defensor do acusado na celebração do acordo. Importantíssima também é a previsão do inciso I, vinculando o juiz ou tribunal da causa aos termos firmados no acordo. A permanecer assim, o texto garantirá eficácia às promessas do Ministério Público, protegendo os interesses do colaborador que cumprir sua parte no que fora pactuado. Essa previsão já era há muito sugerida pela doutrina (LIMA, 2009) e vem garantir a honestidade e a ética também por parte do Estado como contrapartida ao colaborador que cumpriu com o acordado e acaba por impor a judicialização da questão, o que acarreta uma série de consequências benéficas, rebatendo algumas das críticas deduzidas contra o modelo, pois afasta o juiz da causa do interesse na produção de provas,

priorizando o sistema acusatório (CARLI, 2009); proporciona um controle jurisdicional do pactuado de modo mais imparcial e dá publicidade ao acordo, respeitando sempre o sigilo processual.

O artigo 105, inciso II virá reforçar a inafastável necessidade de que as declarações do colaborador sejam acompanhadas de outros “elementos probatórios convincentes”. De notar a elogiável técnica legislativa ao não exigir provas, mas sim elementos probatórios. Ademais, tal exigência afasta a suspeita de que a colaboração fomentaria um comportamento acomodado do Ministério Público e da autoridade policial pela facilidade de obter provas, crítica muito comum entre os contrários ao instituto (PRADO, 2006). No mesmo sentido, a aludida exigência do artigo 105, inciso II, protege terceiros de serem falsamente acusados por razões egoísticas do acusado. Esse tipo de comportamento egoístico e dissimulado é duramente combatido pelo projeto, inclusive sendo uma conduta típica penal prevista no artigo 268, inciso II (BRASIL, 2013).

Por fim, os incisos III e IV, respectivamente, garantem expressamente a proteção do colaborador e de seus familiares por meio da aplicação da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas e o sigilo do acordo de colaboração, que deve ser de conhecimento exclusivo dos advogados das partes envolvidas no acordo. Em adição, aqueles que têm acesso aos termos do acordo são obrigados a preservar o segredo, sob as penas da lei. Tais medidas são também louváveis, para garantir a integridade física daquele que busca auxiliar o Estado prestando informações.

Do desenrolar de todas as críticas deduzidas contra as leis esparsas, somadas às pontuadas louváveis alterações que estão propostas no projeto e a demonstração da viabilidade do instituto, pode-se chegar à conclusão que o balanço geral é positivo. O texto firma pontos cruciais para a eficácia da colaboração premiada, instrumentaliza o Ministério Público e busca proteger o acusado colaborador.

9 Conclusão

De todo o exposto tem-se que, pelo Garantismo Integral, o Estado, além de garantir a proteção do indivíduo, tem o dever de proteger e efetivar a tutela jurisdicional de modo satisfatório, assegurando, inclusive, a efetividade do seu exclusivo poder-dever de punir. Essa responsabilidade é do interesse de toda a sociedade, que tem o direito garantido de bem-estar e segurança bem como tem o de ter o esclarecimento sobre as condutas criminosas. Verificadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, o garantismo positivo deve sim limitar o garantismo negativo (de Ferrajoli), sem que isso configure obrigatoriamente uma ofensa às liberdades individuais.

Title: The Plea Bargain Agreement in Brazil: a Legitimacy Analysis Between Ferrajoli's and Unabridged Warranty Constitutionalism

Abstract: The organized crime is no longer an academic idealism. In fact, organized crime is an undeniable reality. However, when it comes down to investigation tools, the classical criminal procedures have little to offer against the complex structure that informs those types of crime. In that context, the use of an

associate as an informant might become useful. In point of fact, nowadays, one of the most useful weapons in this constant struggle against crime is the plea bargain agreement. However, a lot has been said against this method, mostly due to the false argument that it is not guided by constitutional principles. In this context, this study aims to analyze and prove that, as an exceptional measure, the practice of plea bargaining not only respects all the procedural guarantees but also promotes several constitutional principles.

Keywords: Ferrajoli. Criminal process. Organized crime. Constitutional guarantees. Plea bargaining.

Referências

ARAS, Vladimir. *Todo delator é um traidor?* 16 fev. 2010. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2010/02/16/todo-delator-e-um-traidor/>>. Acesso em: 3 out. 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 2000.

BRASIL. Congresso. Senado. *Parecer n. de 2013*. Da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições anexadas. Relator: Senador Pedro Taques. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=134532&tp=1>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 90.962, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Haroldo. Brasília, DF, 19 maio 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 22 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.736. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, 27 abr. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 20 maio 2010.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

CARLI, Carla Veríssimo de. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 204, p. 16-18, nov. 2009.

CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.) *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 307-309.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. Delação premiada: constitucionalidade e valor probatório. *Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, p. 1-22, 2011. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_Falcao_Junior.pdf>. Acesso em: 20 set. 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 20 set. 2013.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 10, p. 247-266, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/201/delacao%20premiada_Fonseca.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 set. 2013.

GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas! *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 2-3, fev. 2006.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

IHERING, Rodolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio E. de. *Estágio atual da 'delação premiada' no direito penal brasileiro*. Nov. 2005. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/sis_artigo/artigos.asp?codigo=716>. Acesso em: 20 set. 2013.

LIMA, Camila Eltz de; CARVALHO, Salo de. Delação premiada e a confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 123-138, nov. 2009.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Delação para colaborar com a sociedade. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 5 ago. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2908200509.htm>>. Acesso em: 5 out. 2013.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 285-310.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez. 2010. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/205/205>. Acesso em: 20 set. 2013.

MARCÃO, Renato. Delação premiada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 2, n. 7, p. 103-107, ago./set. 2005.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

MIRANDA, Gustavo Senna. Ministério Público e a colaboração premiada. In: FARIA, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público*. Salvador: Juspodvium, 2012.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal: exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal*. Tradução de Hebert Wüntzel Heinrich. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008.

NOGUEIRA, Tiago de Souza. Delação premiada: matiz política ou utilitarista? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18. n. 212. jul. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PASTRE, Diogo Willian Likes. O instituto da delação premiada no direito processual penal brasileiro. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 53, p. 55-77, dez./jan. 2009.

PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. Colaboração processual e a inquietante indagação: a delação é mesmo premiada? *Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 9, n. 53, p. 65-71, abr./maio 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*, Brasília, v. 17, n. 59, p. 84-99, jan./abr. 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista CEJ*, Brasília, v. 13, n. 44, p. 25-35, jan./mar. 2009.

PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 10-12, fev. 2006.

RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. In: ZAPALA, Amália Gomes et al. *Estudo de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2011.

SILVA, Eduardo Araújo da. Breves considerações sobre a colaboração processual na Lei nº 10.409/02. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 10, n. 121, p. 2-4, dez. 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo da. Da moralidade da proteção aos réus colaboradores. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 85, p. 4-5, dez. 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan./jun. 1996.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MESQUITA, Bruno Utsch. A colaboração premiada no direito brasileiro: uma análise de legitimidade à luz do garantismo de Ferrajoli e do garantismo integral. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 487-530, 2015. Anual.

Submissão: 1/7/15

Aceite: 1/10/2015

O Paradigma Restaurativo: a (Des)Legitimação da Pena como Resposta no Sistema Punitivo e a Construção de um Novo Modelo de Justiça Criminal

Nathália Gomes Oliveira de Carvalho

Advogada. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos e Cidadania (PPGDH) da Universidade de Brasília – UnB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Resumo: O novo paradigma da justiça restaurativa se apresenta como um modelo recente de justiça criminal, baseado em valores que vêm ganhando espaço no contexto pátrio como uma forma mais humana de resolução de conflitos, a qual busca a reparação dos danos provenientes do crime mediante o diálogo entre as partes envolvidas – infrator, vítima e comunidade – e a reconstrução de relações rompidas. Nesse contexto, o presente estudo visa analisar a (des)legitimação do sistema punitivo; o surgimento e a evolução da justiça restaurativa como uma alternativa à justiça tradicional em face do colapso do panorama retributivo. Para isso objetiva-se contextualizar essa nova abordagem de justiça, expondo as principais teorias contributivas ao seu desenvolvimento, os princípios e o seu objeto; traçar um paralelo entre o modelo atual e o paradigma restaurativo, demonstrando a ligação do pensamento restaurativo com a noção de resgate do papel da pessoa enquanto sujeito de direitos inserido na comunidade, viável ao modelo punitivo em crise.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Crime. Reparação dos danos. Reconstrução de relações. Sistema punitivo. Justiça retributiva.

Sumário: Introdução. 1 A (Des)Legitimidade e a Crise do Sistema Punitivo. 1.1 Aspecto Criminológico. 2 Origem e Evolução do Paradigma Restaurativo. 2.1 Breve Histórico. 2.2 Princípios Básicos da Justiça Restaurativa e seu Objeto. 2.3 Teorias Contributivas. 2.3.1 A Criminologia Crítica e a Vitimologia. 2.4 A Justiça Restaurativa e um Novo Modelo de Justiça Criminal. 2.5

Justiça Retributiva X Justiça Restaurativa. 2.6 A Mediação de Conflitos. 7 Conclusão. Referências.

Introdução

A justiça restaurativa é um novo olhar acerca da justiça criminal que se propõe a construir um modelo por intermédio do processo cooperativo de envolvimento das partes interessadas – infrator, vítima e comunidade – na decisão acerca da melhor solução ao conflito, visando à reparação do dano e ao reestabelecimento das relações. É um modelo mais humanitário, que retira o infrator do protagonismo e atribui à vítima papel ativo e essencial na solução do problema, por meio de uma abordagem integradora que permite que o transgressor compreenda as consequências materiais e psicológicas do seu ato para com a vítima e a comunidade, de forma a mitigar do efeito estigmatizador arraigado na noção de justiça retributiva.

A ideia de estudar o tema se deu pelo fato de o modelo de justiça criminal tradicional se mostrar em crise. O que deveria ser um instrumento de paz social e controle da criminalidade, se transformou em objeto de injustiça e sofrimento. A ressocialização, tão discutida e fomentada (BRASIL, 1984)¹, não se concretiza, pois no Brasil a prisão é vista como única resposta a uma sociedade em que justiça está relacionada à violação de direitos e garantias,

¹ Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

demonstrando o substancial fracasso do sistema punitivo e a impossibilidade estrutural de a instituição carcerária cumprir as funções (BARATA, 2012, p. 168).

Conforme Lopes Junior (2006, p. 16), “[...] a ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência [...]”.

O Direito Penal, do ponto de vista dinâmico, é um dos instrumentos de controle social formal por meio do qual o Estado, mediante determinado sistema normativo, castiga com sanções as condutas desviantes que ofendem bens jurídicos e causam prejuízo a convivência humana, tendo como finalidade a proteção dos bens jurídicos essenciais (CALHAU, 2012, p. 1-2). Deste modo, deve o Direito Penal ser entendido como a *ultima ratio*, isto é, apenas nos casos mais graves, quando outros meios não surtirem efeitos.

Nesse contexto, a pesquisa objetivou analisar, num primeiro momento, a incoerência do sistema punitivo; os modelos de justiça retributiva e justiça restaurativa, demonstrando que a justiça restaurativa rompe o paradigma do modelo punitivo, pois se mostra como alternativa à justiça retributiva. Ainda, buscou-se refletir sobre os mecanismos de proteção da vítima no modelo de justiça restaurativa, bem como o seu empoderamento frente ao fenômeno criminal.

No decorrer do estudo, buscou-se apresentar o novo modelo

em questão, o qual se propõe a mudar o foco a respeito da pena e da importância das partes envolvidas na busca da melhor gerência do conflito, por intermédio da mediação penal, rompendo com a proposta retributiva contemporânea lastreada na ideia de castigo, dor e sofrimento ao ofensor e exclusão e esquecimento da vítima no processo de tomada de decisão e responsabilização consciente do infrator, oportunizando espaço para arrependimento, reconciliação e perdão.

A partir dessa perspectiva, a pesquisa descreve como a justiça restaurativa se mostra precursora de uma mudança de paradigma, de forma a se compreender o delito como um conflito intersubjetivo inerente ao convívio social, utilizando-se da troca das lentes através das quais captamos e analisamos os fenômenos sociais (ZEHR, 2008, p. 83).

1 A (Des)Legitimidade e a Crise do Sistema Punitivo

O Estado detém o poder punitivo, visando à pacificação dos conflitos existentes na sociedade e à devida responsabilização dos autores dos delitos, por meio de sanções atribuídas em decorrência de ações penais instauradas com o intuito de penalizar o mal perpetrado e prevenir a ocorrência de novos delitos.

Neste sentido, Nucci (2011, p. 67) leciona que o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes. O direito penal objetivo é o corpo de normas jurídicas destinadas ao enfrentamento da criminalidade,

de forma a garantir a defesa social, por outro lado, o direito penal subjetivo é o direito de punir do Estado, que surge após o cometimento do delito.

Michel Foucault (1987, p. 48) conclui que para punir é necessário ajustar a enormidade da pena e da falta aos seus próprios efeitos, de maneira a calcular a pena em função da possível repetição do erro e não diante do crime, de modo a desestimular o infrator.

O sistema penal utiliza-se da pena como principal instrumento do controle/defesa social. Antigamente, as sanções eram aplicadas como fruto de libertação em detrimento da infração cometida, com a conseqüente expulsão e segregação do autor do delito. A ligação com os deuses e com os fenômenos sobrenaturais indicavam a punição a ser aplicada, por intermédios dos vínculos existentes (totem, estátuas, oráculos) entres os respectivos membros da comunidade. Ao longo da idade média, as penas eram físicas, tinham o corpo como principal objeto de castigo e sofrimento, de maneira a penalizar e trazer dor ao infrator (NUCCI, 2011, p. 73-74).

O segundo momento, denominado de vingança privada, era a forma de a comunidade insurgir-se contra o ofensor, fazendo justiça com as próprias mãos, posteriormente foi substituída pela vingança pública, quando o chefe do clã se tornou o legítimo titular do poder de punir e prevaleceu o critério de talião, que partia da crença de que o infrator deveria sofrer o mesmo mal causado, nas mesmas proporções. Deste modo, as reprimendas eram cruéis e

desprovidas de finalidade útil, de forma que a adoção do sistema de talião “[...] constituiu uma evolução no direito penal, uma vez que houve maior equilíbrio entre o crime cometido e a sanção destinada ao seu ofensor” (NUCCI, 2011, p. 73-74).

1.1 Aspecto Criminológico

A controvérsia acerca do destino da pena propiciou o desenvolvimento de correntes doutrinárias, entre elas a denominada Escola Clássica, surgida no início do século XVIII na Itália, tendo como expoente Marquês de Beccaria.

A referida escola não considerava o delinquente um ser diferente dos outros, fugindo da ideia de determinismo, pois o delito era visto como violação do direito e do pacto social segundo a filosofia política do liberalismo clássico. O delito surgia do livre arbítrio do indivíduo e não das suas características patológicas. Em consequência, o direito penal e a sanção eram considerados instrumentos legais para defesa da sociedade e não como meio para intervir sobre a figura do criminoso (BARATTA, 2012, p. 31-32).

Com o advento dos ideais iluministas, a partir das contribuições de Beccaria, Pagano e Filangieri (Itália) Montesquieu e Voltaire (França), Bentham (Inglaterra), Feuerbach e Hommel (Alemanha), o arbítrio judiciário foi questionado e valorizaram-se a racionalização das penas e a proporcionalidade da tarefa de punir estatal, pois a pena ganhara uma utilidade destinada à prevenção de delitos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,

de 26 de agosto de 1789, consagrou o pensamento iluminista e a percepção da necessidade da mudança de paradigma e mitigação das sanções (NUCCI, 2011, p. 76).

Com o declínio da Escola Clássica, pois percebeu-se que a criminalidade apenas aumentava, em decorrência do método que se faz perder de vista o criminoso, surge a Escola Positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se restrinja à noção de livre arbítrio do agente, mas que procure definir toda a influência do aspecto biológico e psicológico do indivíduo como fator determinante para as próprias escolhas. Lombroso, em seu livro “*L'uomo delinquente*”, publicado em 1876, “[...] considerava o delito como um ente natural um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção”, determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditária” (LOMBROSO, 1876 apud BARATTA, 2012, p. 39).

A visão determinista e antropológica de Lombroso foi ampliada em 1877 por Garofalo, o qual tentou aplicar ao direito penal as novas ideias, e em 1878 Ferri ataca a doutrina clássica baseada no livre arbítrio, indicando o quadro dos fatores do delito, dispondo-os em três categorias: fatores antropológicos, físicos e sociais. O delito era conduzido por uma visão extremamente determinista e com enfoque bioantropológico, sendo as sanções consideradas independentemente da personalidade do delinquente.

O delito era reconduzido a uma concepção determinista da realidade em que o homem se encontra, visto que todo o seu comportamento é expressão, acentuando as características do

delito como elemento sintomático da personalidade do autor do delito. Isso porque, para a Escola Positiva, que não se prende a ideia de que o delito é tão somente um ato livre de vontade (BARATTA, 2012, p. 38), faz-se necessária a compreensão das causas biológica e psicológica do indivíduo.

Nesse aspecto, a necessidade da ação penal em face do autor do delito se desvincula do caráter de retribuição jurídica ou ética da pena. Segundo Ferri, o sistema de meios de defesa social que adquire denominação de “substitutivos penais” agrega à pena, visto que não se reconhece apenas o modo repressivo, mas, sobretudo, o modo reeducativo e preventivo, contribuindo com a construção e com o desenvolvimento de modelos alternativos à justiça criminal e ao sistema punitivo em crise (BARATTA, 2012, 39).

Nos países ocidentais, sobretudo naqueles de tradição romano-germânica, o modelo penalógico normativo adotado oficialmente no século passado foi o da prevenção especial positiva (teorias da ressocialização). A partir dessa reconfiguração do sistema criminológico positivista da Escola Italiana, o movimento da Nova Defesa Social pautou a reforma das legislações penais, transnacionalizando os postulados do defensivismo e universalizando o modelo justificacionista clínico-etiológico. Em terras brasileiras, o projeto político-criminal é implementado com a elaboração da Lei de Execução Penal² (CARVALHO, 2013, p. 186).

2 BRASIL. *Lei Federal n° 7.210. de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 6 nov. 2013.

O sistema punitivo, como meio de defesa social, apresenta-se em crise pelo enfraquecimento do direito penal tradicional, o qual está atrelado à hipertrofia do modelo atual, diante da relação direta entre crime e castigo. Nesse modelo, o cárcere é o principal instrumento utilizado pelo Estado a fim de exercer o *jus puniendi* e a única resposta socialmente aceitável para a responsabilização do ofensor, culturalmente relacionada à noção de segurança social.

Para fins históricos, a Casa de Detenção, no Rio de Janeiro, foi a primeira prisão brasileira, criada em 1769. Não havia separação de presos por tipo de crime cometido, todos ficavam juntos. Apenas 55 anos depois, em 1824, por determinação constitucional, as cadeias foram adaptadas para o trabalho e os internos eram separados por tipo de crime ou pena imputada (BRASIL, 2009, p. 68).

O Estado, sob o pretexto de conter e reduzir a criminalidade, ao invés de intervir por meio de políticas públicas que propiciem mais educação, saúde, emprego e menos miséria, tenta de maneira descarada e ineficiente mascarar a realidade, transmitindo uma ideia falsa de segurança aos cidadãos por meio de medidas imediatistas e muitas vezes violadoras de direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, o Estado se mostra cada vez mais interventor, ampliando o rol dos bens jurídicos e a consequente seara de atuação do sistema penal como instrumento de proteção social, de modo a restringir a liberdade dos cidadãos por meio do encarceramento,

em escancarada afronta ao princípio da *ultima ratio* do Direito Penal e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, com a proliferação do discurso punitivista nas esferas do jurídico e da política, tem-se, de forma trágica, a ineficácia da Constituição Penal de garantias em detrimento da plena efetividade da Constituição Penal criminalizadora e punitiva (CARVALHO, 2013, p. 187).

Nessa esteira, o Direito Penal deve atuar residualmente, ou seja, apenas quando bens jurídicos de extrema importância sofrerem lesões ou perigo concreto de dano. Constatada a violação ao bem jurídico tutelado e após a análise acerca da possibilidade legal da aplicação de penas não privativas de liberdade, a pena deve ser proporcional ao dano causado, de modo que seja imposta ao ofensor de forma razoável, com caráter educativo e conscientizador.

A prisão, no modelo atual, funciona como instrumento de controle social, principal mecanismo de perpetuação do sistema punitivo e de sustentação das estruturas de poder vigentes, alicerçado, segundo Foucault, em uma estrutura panóptica das relações subjetivas das classes dominadas, reproduzindo assim as relações de poder entre dominantes e subjugados (FOUCAULT, 2004, p. 177-178).

Baratta (2012, p. 198) revela que as estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de proletariado e, portanto, das zonas sociais já marginalizadas socialmente e que mais de 80% dos delitos

perseguidos nestes países são contra a propriedade, constituindo reações individuais típicas do sistema de distribuição de riquezas da sociedade capitalista. Além disso, o sistema da criminalização seletiva e de imunidades recai sobre as relações de poder entre as classes, de modo a oferecer um salvo-conduto para as práticas ilegais dos grupos dominantes (cifra negra da criminalidade).

A adoção da prisão como medida para o controle da criminalidade não tem logrado êxito, bem como a extensão do recurso à prisão para alguns delitos que até então não incorriam em condenação à reclusão (WACQUANT, 2007, p. 57). Estudos apontam que o aumento da reincidência e o endurecimento das legislações têm contribuído para o crescimento da população carcerária, em proporções geométricas.

Corroborando tal constatação, Cezar Roberto Bitencourt destaca:

Quando a prisão converteu-se na resposta penológica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um remédio adequado para conseguir a reforma do delinquente. [...] Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise (BITENCOURT, 1993, p. 143).

Conforme dados da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, formada para a discussão e análise acerca do sistema carcerário, o Brasil é o quarto país do mundo em número de pessoas encarceradas, ficando atrás apenas dos

Estados Unidos (2,2 milhões de presos), China (1,5 milhão de presos) e Rússia (870 mil presos) e, em relação à capacidade de ocupação, há 275.194 vagas oficiais no sistema, o que representa um excedente de 53,56%, em comparação ao que o sistema pode sustentar, traduzindo a situação caótica que vivenciamos no sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2009, p. 69).

Assim, o sistema penal está obviamente em crise, pois o que deveria ser um instrumento de paz social tornou-se máquina de reprodução de sofrimento, na medida em que não consegue solucionar os conflitos e, em parte das vezes, a situação é agravada.

Nesse contexto, a seletividade na aplicação do poder punitivo cria um verdadeiro etiquetamento do sujeito, conforme Lola Anyar de Castro (1983, p. 104), conferindo-lhe as denominações de delinquente e criminoso, sem se indagar a motivação da prática criminosa, atribuindo-lhe o status social de marginalizado, selecionado pelo sistema criminal (BARATTA, 2012, p. 11-12).

Salo de Carvalho (2013) considera que a sanção estatal deve se mostrar efetiva e positiva de forma a propiciar não somente o temor do estado, mas o desenvolvimento de meios para que o ofensor não incorra novamente no delito e seja integrado na comunidade em que ele está inserido, pois, a partir dessa concepção apresentada pelo autor, o direito de punir passa a ser direcionado em face da prevenção especial positiva, corroborando as teorias de ressocialização e de regeneração do ofensor (CARVALHO, 2013, p. 208).

Dada a situação de desgaste e fragilidade do sistema

retributivo, a busca de alternativas à privação de liberdade representa outra tentativa de remendar o paradigma de justiça criminal, por meio do movimento em prol de penas alternativas eficientes à solução de conflitos (ZEHR, 2008, p. 62). Diante disso, o paradigma da justiça restaurativa se apresenta como um novo olhar ao crime e a justiça criminal, por intermédio do diálogo voluntário entre as partes envolvidas na lide, em busca de soluções para as principais falhas e ineficiências do modelo punitivo.

2 Origem e Evolução do Paradigma Restaurativo

2.1 Breve Histórico

A expressão justiça restaurativa, apontam os estudiosos, foi utilizada pela primeira vez pelo pesquisador Albert Eglash, em 1977, quando da elaboração do texto *Beyond Restitution: Creative Restitution*, tendo prevalecido a expressão “justiça restaurativa”, embora pareça uma tradução imprópria da língua inglesa. Há outras expressões utilizadas para se referir à justiça restaurativa, a saber: justiça participativa, justiça transformadora, justiça restauradora, justiça recuperativa (JACOUD, 2005).

As sociedades pré-estatais da Europa privilegiavam as práticas de regramento social baseadas na manutenção dos grupos sociais e da coesão acerca das normas socialmente aceitas, visto que os interesses coletivos superavam os individuais. Deste modo, a transgressão à determinada norma social causava reações com vistas a reestabelecer o equilíbrio na comunidade e a buscar,

consequentemente, a solução do conflito ocorrido, de forma a conter a desestabilização fruto da prática do delito (JACCOUD, 2005).

Deste modo, a tradição desse modelo reintegrador está alicerçada na cultura dos povos do oriente e do ocidente. Os vestígios da prática estão presentes em muitos códigos decretados antes da era cristã, como o de Hammurabi (1700 a.C), o de Eshunna (1700 a.C), o Lipit- Ishtar (1875 a.C), e o código sumeriano (2050 a.C). Tais legislações previam a restituição para os crimes contra o patrimônio e os de violência. Observa-se que o paradigma restaurativo era adotado nos países colonizados da África, Nova Zelândia, Austrália, América do Sul, do Norte e as citadas sociedades comunais da Europa (JACCOUD, 2005), inspirado nos mecanismos de solução de conflitos dos aborígenes maoris (CALHAU, 2012, p. 100).

Com o sistema monárquico de direito emanado da divindade e o nascimento das nações modernas reduziu-se consideravelmente, segundo Myléne Jacooud (2005), essa forma de justiça criminal, com o afastamento da vítima e a extinção dos mecanismos restauradores de reintegração do grupo social. Foram então criadas as nações-estados pelos colonizadores, com o escopo de centralizar e neutralizar as práticas por meio da imposição de um sistema de “direito único” e tradicional para a solução dos conflitos entre os membros da comunidade (CALHAU, 2012, p. 100).

Essa mudança de paradigma, com o surgimento do “direito

único”, acarretou a alteração da própria noção de crime, agora entendida em sua concepção objetiva, ou seja, como simples violação ou ruptura da ordem estatal prevista no texto legal e não mais como desequilíbrio e desestabilização das relações sociais, que tinham na sanção a solução para o retorno da paz social e reparação dos danos materiais e psicológicos causados à vítima e a própria sociedade. Em consequência, vislumbra-se o desprivilégio das vítimas, pela substituição por autoridades do Estado, vinculada à posição de protagonista do ofensor, que monopoliza as atenções e os anseios de todo o processo penal. Os efeitos e as consequências dos seus atos não mais são relevantes, objetivando-se, apenas, a aplicação da sanção e a transmissão de uma noção imaginária de segurança social (ROLIM, 2006).

As práticas restaurativas foram ressurgindo em face dos movimentos reivindicatórios dos povos, com as primeiras experiências contemporâneas, relacionados com “[...] problemas endêmicos de superpopulação dos nativos nos estabelecimentos penais e sócio protetivos”. Também contribuíram, a exaltação do papel ativo da comunidade na discussão acerca das soluções para a resolução da lide; a importância da vítima nesse processo de reparação de danos materiais e psíquicos e a contestação das instituições repressivas existentes no sistema punitivo (JACOUD, 2005).

2.2 Princípios Básicos da Justiça Restaurativa e seu Objeto

Em análise aos diversos aspectos desse modelo inovador

de justiça criminal, podem ser extraídas e ressaltadas algumas características do paradigma restaurativo: a cooperação das partes interessadas no deslinde do conflito; o diálogo instituído por um processo voluntário, visando ao estabelecimento de acordos restaurativos e à conscientização dos sujeitos envolvidos na busca pela reparação satisfatória e necessária às partes.

Nesse sentido, reportando-se à Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, intitulada *Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal*, requisitou-se à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal a estipulação de medidas no campo da mediação e da justiça restaurativa. A Resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, nomeada *Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais*, sob a análise acerca da desejabilidade e dos meios para se estabelecerem princípios comuns na realização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, e a existência de compromissos internacionais a respeito das vítimas, considerando as notas das discussões sobre justiça restaurativa durante o Décimo Congresso sobre Prevenção do Crime e do Tratamento de Ofensores (NAÇÕES UNIDAS, 2002).

Os princípios elencados pelo Conselho Econômico e Social da ONU, validando o paradigma restaurativo para os países, são exemplificativos, isto é, admite-se extensão em decorrência das

variáveis sociais de cada comunidade, carecendo de adaptação à realidade na qual os sujeitos envolvidos estão inseridos.

Os conceitos enunciados nos Princípios Básicos sobre Justiça Restaurativa, enunciados na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 13 de Agosto de 2002, são os seguintes: 1. Programa Restaurativo - se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos. 2. Processo Restaurativo - significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença 3. Resultado Restaurativo - significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator (PINTO, 2005, p. 23).

A voluntariedade se apresenta como um princípio básico da justiça restaurativa, pois se pressupõe um encontro consensual entre as partes interessadas, isto é, a vítima, o ofensor e a sociedade, para juntos, de maneira cooperativa, dialogarem acerca da melhor solução ante o fato criminoso.

Segundo Renato Sócrates:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos

centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime (PINTO, 2005, p. 20).

Desenvolve-se, na esfera privada, a possibilidade de os envolvidos resolverem, por intermédio do diálogo, o conflito travado, os papéis a serem desempenhados na busca da solução adequada, as consequências das condutas infratoras na relação social e a motivação do ofensor para a prática da infração. Todo o procedimento restaurativo é acompanhado por profissionais capacitados em mediação de conflitos, de forma que os participantes têm voz ativa nas decisões acordadas de maneira igualitária e não assumem posição de submissão e superioridade frente ao quadro.

Vale frisar que a revogação do consentimento das partes envolvidas é admissível a qualquer momento, podendo os sujeitos desistirem da tentativa da utilização do modelo restaurativo, sem quaisquer prejuízos e influências nos atos processuais a serem instaurados no âmbito da justiça criminal tradicional, ou seja, no sistema punitivo.

A oralidade opera, vez que se trata de um procedimento pacificador, em caráter informal, fugindo a concepção do modelo atual punitivo formal, o qual reduz a termo as declarações de todos os sujeitos atuantes no processo penal. A adoção do princípio da oralidade coaduna com o processo de mediação utilizado pela justiça restaurativa, com a finalidade de proteger os interessados

ante o teor do diálogo de viés muitas vezes confidencial da mediação.

Assim, registra-se o termo de aceitação de participação na mediação e o acordo final, em caso de êxito, que será estabelecido pelas partes envolvidas, após a instituição de momento específico para o diálogo. Não consta em termo as declarações da vítima e do ofensor bem como as dos eventuais interessados, ante o receio da divulgação de informações sigilosas e íntimas às partes. “Pelas mesmas razões, a publicidade ao longo do processo de mediação deve, em princípio, ser excluída, devendo o evento decorrer à porta fechada” (FERREIRA, 2006, p. 36).

A confidencialidade das informações é preservada, pois as partes interessadas na resolução da lide dialogam sobre seus anseios, expõem seus valores, sua intimidade, de modo que esta fique resguardada, visando ao estabelecimento de um ambiente adequado à cooperação do processo reintegrativo.

É importante que se valorize a confiança e a fé negocial entre as partes, tranquilizando-as quanto à possibilidade de uma eventual utilização das suas declarações noutras sedes. Libertamo-las, por conseguinte, de possíveis constrangimentos tanto no momento de adesão à iniciativa como ao longo da sua participação no evento pacificador (FERREIRA, 2006, p. 36).

É essencial a presença de mediador e de eventuais profissionais da equipe multidisciplinar no procedimento restaurativo, mostrando-se inviável a presença do magistrado competente para o julgamento das ações penais no âmbito da

justiça tradicional, para que ele não seja influenciado por eventuais declarações dos envolvidos no bojo da mediação.

Sendo assim, o objeto da justiça restaurativa é invertido, visto que não se busca analisar apenas o crime, considerado como violação à lei e afronta a determinado bem jurídico tutelado pelo Estado, nem o criminoso, muito menos a reação social frente ao fenômeno, mas aborda e dá importância às consequências do fato e as relações sociais afetadas pela transgressão.

O crime, para a justiça restaurativa, não é apenas uma conduta típica, ilícita e culpável que atenta contra bens interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre as partes (vítima, infrator e comunidade), cumprindo a justiça identificar as necessidades e obrigações dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado (PINTO, 2007, p. 21).

Objetiva-se a construção de um olhar direcionado para o futuro, tendo como base o diálogo e a interação entre os sujeitos envolvidos, de maneira voluntária, de modo que gere sensação de cooperação, com a consequente conscientização do ofensor acerca das consequências do seu ato em relação à vítima e à sociedade, o que propicia o desenvolvimento de soluções eficazes e a consequente reparação do dano sofrido, seja ele material ou moral.

2.3 Teorias Contributivas

O sistema retributivo, na concepção dos críticos do referido

modelo, é desigual em sua aplicação e seletivo, direcionado para o modo de produção capitalista, servindo basicamente aos interesses de uma determinada classe, sendo aplicado a alguns estratos sociais (SALIBA, 2009, p. 74).

Outro importante reflexo dessas falhas do atual sistema é a cifra oculta da criminalidade, sendo este um elemento deslegitimador, conforme aponta Lélío Calhau:

A cifra negra é uma das responsáveis pela falta de legitimidade do sistema penal vigente no Brasil, pois uma quantidade ínfima de crimes chega ao conhecimento do Poder Público, e desta, uma grande parte não recebe nenhuma resposta por parte do Estado (CALHAU, 2000, p. 229).

Segundo Zaffaroni e Nilo Batista, o processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas, a primária e secundária. A criminalização primária é o “[...] ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”. Enquanto que a criminalização secundária é a ação punitiva sobre pessoas concertas, como, por exemplo, a investigação e, em alguns casos, a privação da liberdade de determinado acusado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 43).

Nessa baila, várias teorias surgiram com o escopo de analisar o fenômeno da criminalidade e seus diversos aspectos, sendo a Criminologia uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa da análise do crime, do ofensor, da vítima e do controle social, segundo García-Pablos de Molina (2013, p. 15).

2.3.1 A Criminologia Crítica e a Vitimologia

A passagem da criminologia liberal, a qual sustenta o caráter normal e funcional da criminalidade e a sua dependência dos mecanismos de socialização a que os indivíduos estão expostos, à criminologia crítica se dá com as teorias da criminalidade e da reação social (*labeling approach*), reportando a uma estruturação de teoria materialista, pautada na análise dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização (BARATTA, 2012, p. 159).

Na visão de Baratta:

A plataforma teórica alcançada pela criminologia crítica, e preparada pelas correntes mais avançadas da sociologia criminal liberal, pode ser sintetizada em uma dupla contraposição à velha criminologia positiva, que usava o enfoque biopsicológico. Como se recordará, esta buscava a explicação dos comportamentos criminalizados partindo da criminalidade como um dado ontológico pré-constituído à reação social e ao direito penal (BARATTA, 2012, p. 160).

Sendo assim, a criminalidade, na perspectiva da criminologia crítica, se mostra como um *status* atribuído a determinados sujeitos, mediante uma dupla seleção: a seleção dos bens protegidos pelo sistema penal constituído, e dos comportamentos que ofendem esses determinados bens jurídicos e a seleção dos indivíduos estigmatizados entre os demais que cometem afrontas às normas penais. Logo, não se trata mais da ideia de qualidade ontológica

de determinadas ações comportamentais e de determinados indivíduos (BARATTA, 2012, p. 161).

Portanto, a criminologia crítica sustenta uma profunda análise do sistema penal, como um potencial mecanismo de reprodução da realidade social, dentro das sociedades capitalistas, atrelada à ideia da necessidade de humanização do sistema atual, vez que o cárcere se mostra contrário ao modelo educativo, pois “promove a individualidade, o auto respeito do indivíduo” (BARATTA, 2012, p. 184).

Desta forma, o direito penal é quem fornece a si mesmo os critérios de validade da intervenção, pois elege arbitrariamente os bens a serem tutelados. O efeito, portanto, é a maximização da intervenção, com a elevação do grau de violência e de seletividade denunciados pela criminologia crítica (CARVALHO, 2013, p. 190).

Após as considerações, é nítida a direta influência das concepções da criminologia crítica na construção do paradigma da justiça restaurativa, a qual se apresenta como uma alternativa ao modelo punitivo atual, em crise, pela aposta no cárcere como resposta efetiva à criminalidade.

O termo vitimologia foi empregado pela primeira vez em 1974, por Benjamin Mendelson e Hans Von Hentig, os quais limitavam a vitimologia à investigação das vítimas de crimes. Com a evolução do conceito, modernamente, a vitimologia propõe-se ao exame da vítima de toda e qualquer espécie de conduta ilícita do indivíduo, atrelando-se ao caráter multidisciplinar da proposta

e traduzindo-se como um movimento que busca redescobrir a vítima e colocá-la em posição de destaque diante da violação de direitos sofrida, ou seja, como sujeito ativo na busca pela solução mais adequada à resolução do conflito (PIEDADE JUNIOR, 1993, p. 80).

A vítima, palavra etimologicamente derivada do latim *victima*, significando “[...] pessoa ou animal sacrificado ou que se destinaria a sacrifício” (PIEDADE JUNIOR, 1993, p. 86), desfrutou de protagonismo durante a época da justiça primitiva – Idade Média, sendo posteriormente neutralizada pelo sistema penal atual, substituída pelo Estado nas ações penais “[...] com o fortalecimento das monarquias e do Estado Moderno, a vítima é relegada definitivamente a segundo plano” (FERNANDES, 1995, p. 15).

Segundo García-Pablos de Molina:

O sistema legal – o processo – nasce já com o propósito deliberativo de neutralizar a vítima, distanciando os dois protagonistas que se enfrentam no conflito criminal, precisamente como garantia de uma aplicação serena, objetiva e institucionalizada das leis ao caso concreto (neutralização da vítima) (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2013, p. 26).

Impende ressaltar que a moderna vitimologia não propõe um retorno à vingança privada nem à idade de ouro, porém o movimento vitimológico persegue uma redefinição do *status* da vítima e de sua relação com o ofensor, a comunidade, o sistema penal e os poderes do Estado, identificando-se as suas expectativas

e o seu relevante papel na discussão e no enfrentamento do conflito (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2013, p. 28).

Nesse sentido, o autorredescobrimento da vítima expressa direta relação com o paradigma da justiça restaurativa, vez que confere a ela enfoque crítico e interacionista, fornecendo uma dinâmica do seu comportamento nas relações e interações com os outros agentes do fato delitivo.

No Brasil, o movimento de reencontro da vítima tem refletido nas legislações penais esparsas, com o advento da Lei nº 9099/95 e a criação dos juizados especiais criminais, que admite a transação penal; a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e a valorização da vítima no sistema penal. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) surge da concepção do paradigma restaurativo, ante a previsão acerca das medidas socioeducativas, remição de medidas protetivas, como o aproveitamento condicionado à participação em cursos técnicos e profissionalizantes, frequência escolar, dentre outros, por meio do diálogo intersubjetivo visando à emancipação dos menores infratores.

Conforme anteriormente abordado, a criminologia crítica compreende o fenômeno da criminalidade sob uma diferente ótica, considerando o delito um objeto social que, para melhor ser entendido, necessita da análise do caso concreto em particular e das suas variantes. O delito não é mais uma qualidade de determinados sujeitos nem tampouco biológica e ontológica,

mas se traduz como uma denominação atribuída ao sujeitos que violaram normas e valores.

Diante disso, a criminologia crítica propõe uma humanização do sistema penal, a construção de mecanismos para a legitimação do sistema penal e a consequente produção de efeitos para o indivíduo e a comunidade na qual está inserido, colaborando com a ideologia do modelo restaurativo de justiça criminal, que busca a definição de uma resposta útil e efetiva, com base nos princípios constitucionais e direitos humanos.

Nesse viés, o empoderamento da vítima traduz a forte influência dos preceitos da vitimologia no paradigma restaurativo, porque ela é colocada em posição ativa e vista como sujeito necessário e extremamente relevante ao enfrentamento do conflito e à construção do acordo restaurativo.

No panorama pátrio, legislações refletem esse movimento de redescobrimto e empoderamento da vítima, a exemplo da criação dos juzizados especiais e da edição da Lei nº 9.099/95, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); do Estatuto do Idoso (Lei 10.741), entre outras disposições legais.

2.4 A Justiça Restaurativa e um Novo Modelo de Justiça Criminal

O paradigma restaurativo, como um novo modelo de justiça criminal e filosofia de uma cultura de paz, visa atribuir um novo olhar ao crime por meio de novos ângulos e perspectivas e opõe-se à estigmatização e à seletividade social, de modo a apresentar uma nova análise em busca de respostas interdisciplinares pela

participação voluntária das partes interessadas na solução do conflito social travado, sem reforçar o distanciamento das relações vítima, ofensor e sociedade.

Com esse novo olhar, a resolução do conflito advém da consolidação de uma pena útil e construtiva, voltada para o futuro dos envolvidos, modificando a ideia de pena voltada para o passado do ofensor, apresentando uma visão utilitarista, de forma que a vítima obtenha a reparação material e psicológica na medida da violação sofrida, assim como o desenvolvimento de uma consciência por parte do infrator acerca do dano causado e da necessidade de uma resposta eficiente para as partes.

Inspirada nos modelos de justiça dos aborígenes, a justiça restaurativa torna-se um desafio aos operadores do Direito, que necessitam desenvolver novas concepções acerca dos valores humanos e fundamentais atrelados ao ordenamento jurídico pátrio bem como novos olhares no que diz respeito à possibilidade de pacificação social e humanização das penas, causando impacto na análise da criminalidade e da violência (BRANCHER, 2011).

A ideia do modelo restaurativo é substituir a pena-castigo pelo diálogo e conscientização das partes envolvidas (vítima, ofensor e comunidade), por meio da mediação de conflitos, com respeito aos direitos humanos, de modo a propiciar condições mínimas de entendimento entre as partes, com a reparação dos danos e a voluntária reconstrução das relações dissolvidas, consolidando uma noção de pena construtiva voltada para o

futuro e opondo-se ao etiquetamento social e à estigmatização do ofensor.

Nessa baila, a justiça restaurativa encara o crime como a violação das relações entre as partes interessadas, caracterizada pela desobediência à lei, que cria a necessidade de corrigir e reparar o dano causado, na busca da melhor maneira de recuperar, reconciliar e restabelecer, quando possível, a autonomia e confiança dos sujeitos envolvidos (ZEHR, 2008, 176).

Esse processo cooperativo, o qual envolve todas as partes interessadas e envolvidas na construção da melhor resolução para reparar os danos causados à vítima e à sociedade, fruto da violação das relações entre o ofensor, a vítima e a comunidade, busca equilibrar o relacionamento entre as partes, ampliando os horizontes de modo a oportunizar espaço para diálogo, esclarecimentos, arrependimento e reconciliação (FERREIRA, 2006, p. 22).

As partes envolvidas na sistemática do conflito, de forma voluntária e participativa, dialogam em busca de soluções de pacificação do litígio e do resgate das relações intersubjetivas fragilizadas pela prática do delito, adotando-se uma visão global do processo penal, vez que prioriza as necessidades da vítima como parte ativa da dinâmica e a construção de uma resposta utilitarista e educativa para as partes.

A intervenção da Justiça Restaurativa parte do pressuposto de que, antes mesmo de constituir uma violação à lei, a agressão traduz, em termos individuais e psicoativos, na experiência

emocional de magoar ou ser magoado ou prejudicado e num profundo desrespeito em relação à vítima como pessoas e à sua personalidade (FERREIRA, 2006, p. 25).

Essa concepção de construção de diálogos se baseia na releitura da análise sobre o evento criminoso não apenas como conduta humana definida como violadora de direitos e de bens jurídicos, como prevista no ordenamento jurídico, porém, acima de tudo, como ação representativa de desrespeito a determinados indivíduos, por meio de uma visão multifacetada e intersubjetiva da conduta agressora, com o escopo de propiciar uma compreensão multidisciplinar da violência causada, realizada pela união dos esforços de uma equipe multiprofissional, composta não apenas por juristas e operadores do direito, mas por assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, etc.

Os graus de vitimização, no modelo restaurativo, são reduzidos em face do estabelecimento do espaço de comunicação entre os envolvidos, vez que o sofrimento adicional que a dinâmica da justiça criminal provoca, pelo tratamento muitas das vezes desumano e degradante para com o autor do delito e a vítima gera desconfiança no sistema, pois a vítima é tratada com descaso e desatenção pelos agentes de controle da criminalidade (vitimização secundária). Essa dinâmica é atacada pelo paradigma restaurativo, porque ele busca o oposto a essas práticas mediante a inclusão da vítima no processo e a análise intersubjetiva do contexto relacionado a transgressão (CALHAU, 2012, p. 42).

Ainda nesse sentido, ressalta-se a vitimização terciária,

produto da sociedade, pois a visão dos cidadãos pautada na noção de necessidade da aplicação de penas privativas de liberdade relacionada à sensação ilusória de segurança reforça a despreocupação com os envolvidos no conflito, incentivando, muitas vezes, o anonimato da vítima e contribui para o aumento da cifra oculta da criminalidade, formada pela imensa quantidade de crimes que não chegam ao conhecimento do sistema (CALHAU, 2012, p. 42).

Dentro dessa dinâmica, o novo modelo de justiça aqui estudado encoraja as partes envolvidas a exercerem papéis ativos na busca pelo deslinde da controvérsia, com a participação dos profissionais capacitados para mediação de conflitos, minimizando a violência em sociedade, na medida em que evita a coisificação e a violação dos direitos fundamentais.

Não há dúvidas de que a proposta restaurativa fortalece o caráter subsidiário do Direito Penal, guiado pelo princípio da voluntariedade, vez que nem o ofendido nem o ofensor podem ser compelidos a participar do modelo de justiça restaurativa. Acrescenta-se, ainda, se tratar de um processo informal, que tem lugar em espaços comunitários, sem o peso do ritual solene, do simbolismo e da arquitetura do cenário judiciário, no qual há intervenção de um ou mais mediadores e podem ser utilizadas abordagens multidisciplinares, técnicas de conciliação e transação para alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo consensual cujo objetivo é suprir ou ao menos minimizar os danos causados e as necessidades individuais e coletivas dos sujeitos

envolvidos no processo, logrando êxito no reestabelecimento das relações e na reintegração social da vítima e do ofensor (PRUDENTE; SABADELL, 2008).

Trabalha-se com a perspectiva de que o crime é uma violação frontal das relações entre os indivíduos integrantes da comunidade e, por causar um mal à vítima e à sociedade, o autor do delito precisa ser responsabilizado e conscientizado acerca dos seus atos, em busca da restauração da desavença e dos relacionamentos, em vez de reforçar a estigmatização do ofensor e a determinação da culpa.

Ressalta-se que o modelo de justiça restaurativa não é proposto como medida apta a reduzir ou estancar o número de ocorrências criminosas, vez que não constitui ferramenta para redução das taxas de criminalidade. Esse paradigma se coloca como uma alternativa à redução do agravamento dos efeitos da prática de delitos e dos danos já efetivados pelos crimes, de modo a traçar um processo cooperativo entre as partes envolvidas, visando à reparação, ao diálogo, à responsabilização e ao reestabelecimento das relações rompidas pela prática de transgressão.

2.5 Justiça Retributiva X Justiça Restaurativa

Sob este novo modelo de justiça, a atuação penal é guiada com o olhar voltado para o futuro, na busca por tentar reparar, na medida do possível, as mazelas sofridas, contrapondo-se ao sistema retributivo atual da justiça tradicional, o qual se volta ao passado, pela necessidade de se atribuir a culpa a determinado

agente, para encaixar o ato lesivo em alguma das figuras típicas, lícitas e culpáveis previstas legalmente pelo ordenamento jurídico penal (ZEHR, 2008, p. 2002).

Deste modo, a culpa que o modelo punitivo busca auferir não é visualizada da maneira como foi vivenciada, pois sequer se preocupa com o sentimento e a interpretação do fato pelos envolvidos, tratando-se de uma culpa moldada, delineada pela técnica penal do sistema já concebido (SICA, 2007, p. 66-67).

O modelo restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes (réu e vítima), anuência que pode ser revogada unilateralmente. Já os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade. A aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal, seja o original, seja em outro (PINTO, 2005, p. 21).

A adoção de tal procedimento propicia a troca de experiências e valores entre os sujeitos inseridos, muitas vezes, em realidades distintas, tanto social quanto economicamente, de modo que as partes se colocam no lugar do outro e compreendem os aspectos subjetivos de forma contextualizada.

O foco de atuação desse paradigma busca a reparação dos eventuais danos, conforme preconiza Saliba:

A reparação dos eventuais danos causados, sejam eles patrimoniais ou morais, e reintegração da vítima e delinquente

à comunidade, sem estigma ou marginalização, com despenalização. A reintegração possibilita a devolução da vítima e desviante mais conscientes de seus atos e repercussões sociais, diante das discussões realizadas e resolução alcançada (SALIBA, 2009, p. 151).

A vítima é, cada vez mais, considerada parte essencial na construção de uma aproximação entre os agentes envolvidos, em contraposição ao sistema punitivo, o qual relega a vítima, colocando-a em posição de esquecimento e exílio no processo penal, servindo apenas como mais um meio de prova para a instrução criminal. O modelo de justiça restaurativa, no entanto, prioriza o papel da vítima no acordo restaurativo, eficaz após anuência dos envolvidos e homologação judicial, em atenção aos princípios e direitos constitucionalmente previstos.

Em relação aos valores instituídos pelo modelo restaurativo, observa-se que o conceito de crime, aqui entendido como ato causador de danos, que traumatiza a vítima, é concebido de maneira diversa do compreendido pela justiça retributiva, uma vez que para esta o conceito de delito é formal, traduzindo-se como fato típico, ilícito e culpável, atentatório ao ordenamento jurídico, na qual o interesse público é primado e o Estado detém o monopólio da justiça, voltado para a análise de uma culpabilidade do sujeito direcionada para o passado (PINTO, 2005, p. 24).

De modo diverso, a justiça restaurativa prima pelo interesse das partes (vítima, ofensor e comunidade) na solução do conflito, por intermédio de um processo cooperativo participativo, buscando a responsabilização e a reparação do dano em suas

diversas dimensões, respeitando as diferenças culturais e sociais dos sujeitos, de maneira a compartilhar coletivamente as experiências, por meio do diálogo, que visa à construção de um acordo restaurativo com um olhar voltado para o futuro (PINTO, 2005, p. 24).

No que tange ao procedimento, o paradigma restaurativo é comunitário, com a participação ativa e eficaz das pessoas envolvidas, baseado no princípio da oportunidade e da conveniência. Por se tratar de um processo cooperativo, voluntário e informal, de forma a acolher a troca de papéis, respeita as diferenças e promove a tolerância. Em contraposição, o modelo punitivo adota um rito solene e formal, diante do princípio da indisponibilidade da ação criminal, que valoriza o procedimento e a linguagem rebuscada que, muitas vezes, gera o distanciamento das partes (PINTO, 2005, p. 24).

Outra significativa diferença entre os dois modelos de justiça criminal, no que diz respeito aos efeitos para as vítimas e ofensores, paira na eficácia da responsabilização e posterior reparação do dano causado. Na justiça restaurativa, a vítima ocupa o centro do processo, com voz ativa, recebe assistência psicológica, afetiva e material, com a participação de equipe multidisciplinar na elaboração conjunta do acordo restaurativo, na busca por suprir, da melhor maneira, as necessidades individuais e coletivas da vítima, do ofensor e da sociedade. Da mesma forma, o infrator é visto como pessoa capaz e com potencial de ser responsabilizado e reparar o dano causado à vítima e à sociedade,

pois ele participa diretamente e interage com a vítima e demais interessados, ficando, assim, mais propício à conscientização e à sensibilização acerca dos seus atos e das consequências do dano (PINTO, 2005, p. 24).

O sistema punitivo rechaça a possibilidade dessa interação entre a vítima e o agressor, e este é desestimulado a dialogar com a vítima, se tornando um sujeito desinformado e alienado quanto aos fatos do processo, não tendo suas necessidades atendidas nem a percepção da gravidade da sua conduta perante a vítima e a comunidade, gerando uma responsabilização inócua e ineficaz (PINTO, 2005, p. 26).

Esse quadro potencializa a sensação de ressentimento e frustração com o sistema penal, pois tanto a vítima quanto o ofensor não recebem qualquer assistência psicológica, material e afetiva por parte da máquina estatal.

2.6 A Mediação de Conflitos

As alterações sofridas na sociedade exigem uma modificação na análise acerca do processo, da instrumentalidade do procedimento e da interpretação do ordenamento jurídico, levando em consideração o advento da Constituição Federal de 1988, repleta de direitos e garantias individuais e sociais, sob pena de falência do sistema, ante a incapacidade de acompanhar a evolução e os anseios da sociedade.

A mediação e a conciliação surgem como mecanismos alternativos às formas tradicionais de resolução de conflitos,

visando à redução de demandas no Judiciário bem como promover um acesso mais célere, de menor custo, mais humano e igualitário à jurisdição. Isso acontece por intermédio da participação direta dos sujeitos envolvidos, a partir do estabelecimento de um ambiente adequado para o diálogo e o envolvimento dos interessados, reduzindo o distanciamento natural causado pela prática do delito.

É imprescindível a presença de profissionais capacitados e treinados para a abordagem entre as partes, observando-se a voluntariedade, a informalidade e a confidencialidade do procedimento restaurativo, propiciando a harmonização das relações e o reequilíbrio do relacionamento, sem a instigação da noção de confronto e violência entre a vítima e o ofensor.

É de primordial importância que a audiência restaurativa transcorra num ambiente informal, tranquilo e seguro e os mediadores ou facilitadores devem estar rigorosamente atentos, observando se não há qualquer indício de tensão ou ameaça que recomende a imediata suspensão do procedimento restaurativo, como em casos de agressividade ou qualquer outra intercorrência psicológica, para se evitar a revitimização do ofendido ou mesmo a vitimização do infrator, no encontro. Uma das questões mais sensíveis é a do desequilíbrio econômico, psicossocial, e cultural entre as partes envolvidas nos processos restaurativos (PINTO, 2005, p. 24).

O objetivo da mediação, portanto, é facilitar a estruturação dos acordos participativos, pautados em valores e princípios legais que delineiam os processos de individualização e compreensão

da realidade de cada um, o que possibilita que cada envolvido enxergue a realidade do outro e, a depender, se coloque no lugar da outra parte, minimizando os danos psicológicos sofridos por todos os envolvidos (GORCZEWSKI, 2006, p. 1552-1553).

Dessa forma, a mediação desempenha um importante papel enquanto mecanismo apto a responder de maneira útil e eficaz os conflitos nos mais diversos níveis sociais e econômicos, promovendo o acesso à justiça em diversas localidades, principalmente naquelas mais precárias e longínquas, semostrando, assim, um elemento para a concretização dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e para a pacificação social.

Essa forma de autocomposição de conflito é direcionada por um mediador/facilitador, o qual não profere sentença, porém auxilia as partes na busca da mais adequada resolução do litígio e conseqüente fixação de reparação eficiente e útil para as partes, sem indicar ou sugerir possíveis soluções para o conflito, como faz o conciliador. O mediador trabalha em função do procedimento, interpretando as normas e os princípios, de forma que a solução acordada se mostre a mais adequada ao caso concreto e construída mediante a participação direta de todos, sem subjugação ou sobreposição de qualquer parte (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 164).

Destarte, a mediação procura trabalhar não apenas com o campo objetivo da controvérsia, mas, acima de tudo, com o subjetivismo do conflito, ou seja, com o lado inexplorado, não

expressado pelas partes, o qual esconde o conteúdo latente do conflito, ou seja, o lado emocional.

Com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais (MORAES, 2002, p. 134).

A mediação é um processo extrajudicial de resolução de controvérsias que trabalha com o conflito como um todo, potencial mecanismo transformador e emancipador que procura satisfazer as necessidades e anseios das partes envolvidas de forma paritária e produção. Na medida em que é voluntário e confidencial, preserva a identidade da vítima e do ofensor bem como atribui a eles o poder de decisão e o enfrentamento do conflito, buscando o real interesse e necessidade dos sujeitos interessados, visto que o mediador proporciona assistência às pessoas envolvidas com a finalidade de estabelecer um acordo cooperativo e satisfatório.

Segundo Spengler e Bolzan de Morais:

É fundamental que o mediador, o responsável pelo bom andamento do processo, seja hábil a fim de se comunicar muito bem, sendo capaz de exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, porém apurada, e de receber os pensamentos provenientes das partes sabendo interpretá-los de acordo com a intenção de quem os exprimiu. Afinal, é com as informações

que recebe das mesmas que o mediador poderá trabalhar a fim de trazer à tona as possíveis estratégias de tratamento de conflito (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 164).

3 Conclusão

Ao longo do presente estudo observou-se a inoperância e a ineficiência do sistema punitivo tradicional, visto que o cárcere não reintegra nem ressocializa o preso, mas fomenta a delinquência e reproduz as desigualdades substanciais da sociedade atual, diante da adoção de um modelo punitivo-retributivo.

O paradigma restaurativo se apresenta como um novo modelo de justiça criminal e uma alternativa possível, que permite às partes envolvidas no conflito penal a construção de uma solução à controvérsia, de forma cooperativa e participativa, bem como que se reconheçam como sujeitos de direitos e garantias fundamentais ao acordo restaurativo.

O escopo da prática restaurativa é oportunizar ao ofensor momento de reflexão e conscientização acerca do dano causado, de modo que ele se sinta capaz de assumir as consequências do crime e de se responsabilizar pela dor causada à vítima. E esta, de forma ativa e direta, enxergará o ofensor como sujeito em potencial, portador de angústias e necessidades, porém apto a se redimir e reparar o seu ato.

Ante as falhas e ineficiências da justiça tradicional, a qual considera o crime em seu aspecto puramente objetivo, como sendo uma violação frontal ao ordenamento vigente e à ordem

jurídica estatal, o processo penal não atende, de maneira efetiva e utilitária, as necessidades e os anseios da vítima, que é esquecida e substituída pela autoridade do Estado, e a participação do infrator se resume ao seu interrogatório quanto à descrição dos fatos, sem indagação acerca da motivação e das consequências do fato criminoso para a sua vida e para a sociedade.

A evolução das teorias criminológicas contribuiu para o desenvolvimento e o fortalecimento dos pilares norteadores do paradigma restaurativo, o qual propõe um novo olhar com relação ao fenômeno criminal. Ele também leva em consideração as variantes socioeconômicas e culturais dos envolvidos no conflito e, assim, a construção de um novo modelo de justiça criminal calcado nos valores constitucionais e humanitários, com vistas à elaboração, pelas partes, do acordo restaurativo que, quando possível, reestabelece as relações rompidas pelo delito, conscientiza o ofensor acerca do dano causado à vítima e à comunidade e proporciona a definição de uma pena útil e efetiva.

Desse modo, a justiça restaurativa não objetiva a extinção do sistema tradicional, tampouco substituir o modelo de justiça criminal vigente, mas atuar de modo complementar e alternativo à implementação da justiça, de forma a contribuir para a construção de uma cultura de paz por meio de um novo olhar a respeito do conflito e da interação das partes envolvidas no acordo restaurativo.

O modelo restaurativo serve como uma vertente da transformação de um espaço mais justo, humano e inclusivo,

representando um marco evolutivo na concepção da ciência penal e do sistema punitivo brasileiro e promovendo a pacificação dos conflitos, pois rechaça a reprodução dos processos de criminalização e de estratificação social.

O empoderamento das partes para a construção de um acordo participativo facilita a visualização das necessidades dos sujeitos envolvidos e, assim, a reintegração desses indivíduos na sociedade e a determinação de apropriada reparação do dano causado à vítima e à comunidade em que elas estão inseridas.

A proposta restaurativa propõe a “troca de lentes” em relação ao evento danoso bem como às partes envolvidas (ofensor, vítima e comunidade) no conflito, alterando o foco que se instala na culpa do ofensor para a busca de um modelo mais humano, de aproximação dos sujeitos afetados pelo delito e fundado na importância da participação ativa e direta dos envolvidos na busca da melhor solução e reparação do dano sofrido.

A nítida busca por um modelo mais justo e efetivo contribui para o desenvolvimento da justiça social, a pacificação dos conflitos, a valorização do ser humano enquanto sujeito capaz de se autodeterminar e participar da autocomposição do litígio bem como o restabelecimento das relações entre as pessoas envolvidas na controvérsia.

Title: The Restorative Paradigm: the Penalty (II) Legitimization as a Punitive and Response System Construction of a New Model of Criminal Justice

Abstract: The new paradigm of restorative justice is presented as a new model of criminal justice, based on values which are gaining momentum nationally as a more human approach. The restorative justice seeks compensation for damage resulting from crime through dialogues between the parties involved – the offender, the victim and the community. Also, it intends to rebuild broken relationships. In this context, this study aims to examine the (il) legitimization of the punitive system, the emergence and evolution of restorative justice as an alternative to traditional justice in the face of the collapse of retributive panorama. To do so, we are going to: a) contextualize this new approach of justice, exposing the main theories contributory to its development; b) draw a parallel between the current model and the restorative paradigm, demonstrating the connection between the restorative thought and the notion of the reclaiming of one's role as a person belonging to a community and entitled to rights. A reclaiming necessary, in face of the current punitive model, in crisis.

Keywords: Restorative justice. Crime. Relationships' rebuilding. Damage compensation. Punitive system. Retributive justice.

Referências

ANYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRANCHER, Leoberto Narciso. *Justiça restaurativa: a cultura da paz na prática da justiça*. [2011]. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/just_restaur/vis%C3o+geral+jr_0.htm>. Acesso em: 8 nov. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI sistema carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. 620 p. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de criminologia*. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 228-241, jul./set. 2000.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *O que é criminologia?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GORCZEWSKI, Clovis. A decisão judiciária e o (des)respeito aos direitos culturais. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. p. 1552-1553.

JACOUD, Myléne. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça Restaurativa: coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_189.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *A construção da justiça restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de justiça criminal*. 2007. Disponível em: <<http://www.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/54/65>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa: é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2013.

PRUDENTE, Neemias Moretti; SABADELL, Ana Lucia. Mudança de paradigma: justiça Restaurativa. *Revista Jurídica*, Maringá, v. 8, n. 1, p. 49-62, jan./jul. 2008.

ROLIM, Marcos. *Justiça restaurativa: para além da punição*. [Rio de Janeiro: Zahar, 2006]. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1327493829_Para%20Alem%20da%20Pris%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2.002/12*. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UnPQVvmsg7A>>. Acesso em: 1 nov. 2013.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO, Nathália Gomes Oliveira de. O paradigma restaurativo: a (des)legitimação da pena como resposta no sistema punitivo e a construção de um novo modelo de justiça criminal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 531-577, 2015. Anual.

Submissão: 28/7/2015

Aceite: 4/9/2015

O Judiciário e o Poder Simbólico na Aplicação da Medida Socioeducativa

Ana Cláudia de Souza Valente

Analista Processual no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Secretária Executiva da Vice-Procuradora-Geral de Justiça. Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília e em Administração Pública pela Universidade de Brasília.

Resumo: A questão abordada no presente texto busca trazer à reflexão as práticas do Judiciário na escolha da medida socioeducativa em um sistema jurídico que usa a violência ilegítima para negar os direitos fundamentais dos adolescentes infratores, especialmente o de ter a medida socioeducativa efetivamente individualizada, reproduzindo modelos ultrapassados, na perspectiva do paradigma da situação irregular em detrimento da proteção integral. O problema científico levantado, portanto, busca saber como o Judiciário, visto como entidade dominante na concepção de Bourdieu, pode ser mais racional na aplicação de medida socioeducativa na busca pela efetivação do sistema atual da proteção integral. A hipótese inicial é de que a violência simbólica (oculta, dissimulada) é exercida pelo Judiciário na escolha da medida socioeducativa e os direitos fundamentais, especialmente o da individualização, não são observados na sua origem.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Adolescentes infratores. Direito infantojuvenil. Adolescentes – direitos fundamentais. Adolescentes – proteção integral. Medida socioeducativa – individualização.

Sumário: Introdução. 1 Poder Simbólico. 1.1 Judiciário: Entidade Dominante. 1.2 Adolescentes Infratores: Entidade Dominada. 2 Paradigmas do Direito Infantojuvenil. 2.1 Paradigma da Situação Irregular. 2.2 Paradigma da Proteção Integral. 3 Direitos Fundamentais do Adolescente 3.1 Individualização da Medida Socioeducativa. 4. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O campo do Direito¹ da infância e da juventude brasileiro experimentou transição paradigmática após a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), contrapondo a doutrina da situação irregular presente no antigo Código de Menores, que reforçava a exclusão social, com a doutrina da proteção integral, que permitiu compreender as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos. Nesse sentido, o atual sistema de responsabilização dos adolescentes foi construído para atender dupla finalidade: sancionadora/punitiva e educativa/ressocializadora.

No entanto, as práticas judiciárias dominantes históricas na delimitação da medida socioeducativa aparentemente não passam de imposição de penas disfarçadas, impostas sem os critérios da retributividade, da proporcionalidade, principalmente da legalidade, indicando fortes indícios de que a argumentação jurídica está sendo usada pelo aplicador da lei nos moldes do antigo paradigma, ao eleger argumentos que negam o tratamento

¹ O termo campo jurídico será empregado conforme categoria cunhada por Bourdieu (1989, p. 212, grifo do autor), como o lugar de concorrência pelo *monopólio do direito de dizer o direito*, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam *agentes investidos de competência* ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na *capacidade reconhecida de interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas.

diferenciado dispensado aos adolescentes em conflito com a lei e afastam a efetivação de seus direitos fundamentais, especialmente o direito à individualização, a brevidade e a excepcionalidade de sua medida socioeducativa.

A justificação temática partiu de uma pesquisa realizada em dissertação de mestrado no ano de 2014, na área de direito e políticas públicas, que indicou o emprego do discurso da situação irregular no controle judicial das condutas dos adolescentes, no momento da aplicação da medida socioeducativa, na segunda instância do TJDF². Essa foi uma constatação preocupante, se considerarmos que a perspectiva da proteção integral surgiu com o objetivo de romper, no plano metodológico e epistemológico, com a perspectiva da situação irregular, ao perceber a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e não como meros objetos jurídicos.

Nessa linha de raciocínio, a indagação que se faz é a seguinte: como o Judiciário, entidade dominante, pode empreender maior racionalidade na aplicação da medida socioeducativa de internação, na perspectiva da proteção integral, a fim de garantir os direitos fundamentais dos adolescentes, especialmente a efetividade

² A pesquisa empírica realizada pela Mestre Selma L. N. Sauerbronn de Souza, orientado pelo Professor Doutor Roberto Freitas Filho, no curso de mestrado do UniCeub, desenvolveu-se em torno do poder estatal no sistema de justiça da infância e juventude na segunda instância do TJDF. Constatou-se, em síntese, que o sistema da situação irregular ainda é aplicado na prática, em detrimento da proteção integral no momento de escolha da medida socioeducativa, tanto pelo Judiciário, como pelo Ministério Público e a Defensoria Pública, essa última, em menor escala.

do direito fundamental à individualização e excepcionalidade da medida socioeducativa, levando em consideração que se tratam de seres em desenvolvimento? A hipótese é a de que o conhecimento da historicidade do agir dos julgadores, na área do direito da criança e do adolescente, é fundamental para se pensar em uma solução que pode se dar pela individualização pautada na proteção integral.

A violência simbólica (oculta, dissimulada) é exercida pelo Judiciário na escolha da medida socioeducativa, de forma tão genuína, que é reproduzida culturalmente pelos aplicadores da lei nas decisões judiciais atuais.

Com o fim de assegurar maior confiabilidade ao trabalho científico e de conceder maior rigor metodológico a sua execução, a pesquisa adotará a revisão da literatura a partir de duas fontes de dados: a modalidade teórico e descritiva e o levantamento de dados oficiais e de pesquisas acadêmicas sobre a temática, na esteira do que ensinam Orides Mezzaroba e Servilha (2009, p. 116-117³).

Ainda será necessário compreender os termos jurídicos apresentados, para não se incorrer em equívocos na interpretação.

³ Para o referido autor, a modalidade teórica de pesquisa pressupõe um trabalho pautado em um arsenal suficiente e de excelente qualidade para se aproximar dos problemas e a pesquisa descritiva é utilizada para descrever os fenômenos tal como são vistos pelo pesquisador, o que não significa que não serão interpretados, mas somente que a contribuição que se deseja dar é no sentido de promover uma análise rigorosa de seu objeto para, com isso, penetrar em sua natureza (pesquisa quantitativa) ou para dimensionar sua extensão (pesquisa qualitativa) (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p. 112).

Será entendido como adolescente aquele ser humano entre doze e dezoito anos de idade, conforme art. 2º do ECA⁴ e não serão objetos de estudo as crianças e as medidas de proteção aplicáveis a elas⁵. O termo “violência ilegítima” será utilizado como categoria de Bourdieu, isto é, aquela exercida por uma entidade dominante (aqui simbolizada pelo Judiciário), a partir de um poder simbólico, em face dos dominados (representados pelos adolescentes). Na visão de Bourdieu, os dominados estão condenados a suportar a violência simbólica exercida por parte daqueles que têm condições reais de usar o direito que impõe a representação da normalidade em relação à qual todas as práticas diferentes tendem a aparecer como desviantes, anônimas, anormais, patológicas (BOURDIEU, 1989, p. 247).

Ao final, o trabalho pretende contribuir para o desenvolvimento da pesquisa do controle judicial das condutas dos adolescentes infratores mediante a aplicação de medidas socioeducativas mais justas e eficientes, proporcionando a

⁴ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

⁵ As crianças e adolescentes são sujeitos de proteção do ECA e, em geral, gozam dos mesmos direitos fundamentais, reconhecendo-se a condição especial de pessoas em desenvolvimento. Contudo, quando incorrem em atos de condutas descritas como crimes ou contravenções penais, há uma diferenciação, pois às crianças aplicam-se as medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA, o que implica um tratamento através de sua própria família e na comunidade, sem que ocorra privação de liberdade e o adolescente infrator pode ser submetido a tratamento mais rigoroso, como as medidas socioeducativas disciplinadas no art. 112 do mesmo diploma legal, que podem privá-los de liberdade (SARAIVA, 1999, p. 28-29).

reflexão quanto ao controle e à humanidade das decisões no campo da infância e juventude, o que poderá otimizar os direitos fundamentais deles e contribuir para o pleno desenvolvimento desses adolescentes, a partir da efetivação do princípio fundamental da individualização das medidas socioeducativas aplicadas a eles.

1 Poder Simbólico

Nas palavras de Bourdieu, “[...] os sistemas simbólicos, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados.”

O poder simbólico, preceitua o autor,

[...] é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o conformismo lógico, quer dizer, uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências (BOURDIEU, 1989, p. 9).

Os sistemas simbólicos distinguem-se fundamentalmente conforme são produzidos e, ao mesmo tempo, apropriados pelo conjunto do grupo ou, pelo contrário, produzidos por um corpo de especialistas e, mais precisamente, por um campo de produção e de circulação relativamente autônomo (BOURDIEU, 1989, p. 12), como ocorre com o Judiciário.

Para Bourdieu (1989, p. 14-15), o poder simbólico se define como poder de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar

a visão do mundo e, desse modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; o poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário.

Portanto, o poder simbólico, poder subordinado, é uma forma transformada, irreconhecível, transfigurada e legitimada das outras formas de poder. É poder de transfiguração que garante uma verdadeira transubstanciação das relações de força, fazendo ignorar-reconhecer a violência que elas encerram objetivamente e transformando-as, assim, em poder simbólico, capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia (BOURDIEU, 1989, p. 15).

Diante dessa categoria cunhada por Bourdieu, o Judiciário exerce um poder simbólico, pois é um poder estruturado e exercido por um corpo de especialistas, exerce o poder de transformação da realidade dos sujeitos jurisdicionados, assim como nos campos político, social e econômico, a partir da fundamentação de suas decisões, produzindo efeitos diretos na vida em sociedade. Fato que merece atenção do aplicador da lei para não incorrer em equívocos que levem à desestruturação de grupos sociais.

1.1 Judiciário: Entidade Dominante

A partir da concepção de poder simbólico, é possível afirmar que o Judiciário é instituição dominante e tradicional no corpo da organização política e jurídica de um povo, que exerce sua força

por meio da linguagem técnica, da palavra estruturada no seio das decisões judiciais, interferindo na construção da realidade através do conteúdo jurídico, na busca da justiça e da paz social.

A classe dominante é o lugar de uma luta pela hierarquia dos princípios de hierarquização: as frações dominantes, cujo poder assesta no capital econômico, têm em vista impor a legitimidade da sua dominação, quer por meio da própria produção simbólica, quer por intermédio dos ideólogos conservadores, os quais só verdadeiramente servem os interesses dos dominantes por acréscimo, princípio da hierarquização (BOURDIEU, 1989, p. 12).

A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante, para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, para desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas, para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. Esse efeito ideológico, produto da cultura dominante, dissimula a função de divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções, compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominada (BOURDIEU, 1989, p. 10-11).

E mais, numa formação social determinada, o arbitrário cultural que as relações de força entre os grupos ou classes constitutivas dessa formação social colocam em posição

dominante no sistema dos arbitrários culturais é aquele que exprime mais completamente, ainda que sempre de maneira mediata, os interesses objetivos (materiais e simbólicos) dos grupos ou classes dominantes (BOURDIEU, 2014, p. 30).

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na revisão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que cada uma das duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência de violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. Na visão de Bourdieu, as práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada. Por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrências ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele tem lugar e, por outro lado, pela lógica interna dos obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, 1989, p. 211).

Os juristas e os juízes dispõem todos, embora em graus muito diferentes, do poder de explorar a polissemia ou a anfibologia das fórmulas jurídicas recorrendo, quer à *restrictio*, processo necessário para se não aplicar uma lei que, entendida literalmente,

o deveria ser, quer à *extensio*, processo que permite que se aplique uma lei que, tomada à letra, não o deveria ser, quer ainda a todas as técnicas que, como a analogia, tendem a tirar o máximo partido da elasticidade da lei e mesmo das suas contradições, das suas ambiguidades ou das suas lacunas. De fato, a interpretação da lei nunca é o ato solitário de um magistrado (BOURDIEU, 1989, p. 224).

Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredito é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das regras possíveis, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa. O efeito jurídico da regra, quer dizer, a sua significação real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva (BOURDIEU, 1989, p. 224-225).

O trabalho de racionalização, ao fazer prevalecer ao estatuto de veredito uma decisão judicial que deve, sem dúvida, mais às atitudes éticas dos agentes do que às normas puras do direito, confere-lhe a eficácia simbólica exercida por toda a ação quando, ignorada no que tem de arbitrário, é reconhecida como legítima (BOURDIEU, 1989, p. 225). Por essa razão há tanta discussão em torno da responsabilização dos adolescentes, inclusive quanto

à imputabilidade penal, pois ainda se ignora como arbitrárias e autoritárias as decisões judiciais pautadas no paradigma da situação irregular, em que pese nossa legislação ter optado pelo modelo da proteção integral.

O Direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos. Ele confere a essas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas. O Direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este (BOURDIEU, 1989, p. 237).

É nesse sentido que o Judiciário, por meio de suas decisões, transforma a realidade dos adolescentes em conflito com a lei por meio da utilização de conceitos e argumentos jurídicos que interferem direta e indiretamente no campo social, político e econômico, a exemplo da escolha da medida socioeducativa que afeta o futuro dos adolescentes, motivo pelo qual sua atuação tem força cogente na modernidade⁶.

A busca de alternativas à conformação profundamente

⁶ O termo modernidade não será usado como sinônimo de contemporaneidade, mas será empregado na linha do que dispõe Enrique Dussel (1993, p.7-8), isto é, a modernidade desenvolve um “mito” irracional, de justificação da violência, a partir de uma visão eurocêntrica, na qual encobriu-se direitos e praticou-se a barbárie sobre os povos, que devemos negar, superar e não excluir ainda mais os que já são, dentro da sociedade, tidos como excluídos sob o pretexto de estarmos aplicando a lei.

excludente e desigual do mundo moderno, acentua Lander (2005, p. 22-23), exige esforço de desconstrução do caráter universal e natural da sociedade capitalista-liberal. Isso requer o questionamento das pretensões de objetividade dos principais instrumentos de naturalização e legitimação dessa ordem social: o conjunto de saberes que conhecemos globalmente como ciências sociais, especialmente se o objetivo for a efetividade de direitos individuais e coletivos dos adolescentes.

1.2 Adolescentes Infratores: Entidade Dominada

O poder simbólico se define numa relação determinada – e por meio dela – entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença (BOURDIEU, 1989, p. 15).

Considerando o Judiciário como entidade dominante, que usa o poder simbólico como expressão de sua força, é possível vislumbrar os adolescentes jurisdicionados no polo oposto, como dominados, isto é, submissos aos comandos dos dispositivos das sentenças. Os dominados só podem encontrar no exterior, nos campos científico e político, os princípios de uma argumentação crítica que tem em vista fazer do Direito uma ciência dotada da sua metodologia própria e firmada na realidade histórica, por intermédio, entre outras coisas, da análise da jurisprudência (BOURDIEU, 1989, p. 252).

A concorrência de que eles são produto exerce-se no seio de um espaço que pode imprimir-lhe tendências gerais, ligadas

aos pressupostos inscritos na própria estrutura do jogo de que eles constituem a lei fundamental, como, neste caso particular, a relação entre o campo jurídico e o campo do poder. A função de manutenção da ordem simbólica que é assegurada pela contribuição do campo jurídico é produto de inúmeras ações que não têm como fim a realização desta função e que podem mesmo inspirar-se em intenções opostas, como os trabalhos subversivos das vanguardas, os quais contribuem, definitivamente, para determinar a adaptação do Direito e do campo jurídico ao novo estado das relações sociais e para garantir, assim, a legitimação da forma estabelecida dessas relações (BOURDIEU, 1989, p. 254).

Apesquisa histórica confere à criança e ao adolescente o título de objetos sem valor no Brasil Colônia e no Império, concepção de exclusão que certamente foi reproduzida nos modelos legais nacionais e que reflete um olhar pautado no modelo da situação irregular (FALEIROS, 2009, p. 222). O exercício de força do Judiciário, manifestado por decisões judiciais pautadas no modelo da situação irregular, ao eleger as medidas socioeducativas aos adolescentes em conflito com a lei, legitima-se sempre que não é contestado e tido como legal.

A consagração da doutrina da proteção integral avançou do cenário mundial para o Brasil, com um sistema de garantias que afastava o informalismo até então existente, que decorria da subjetividade dimensionada do juiz na escolha da medida socioeducativa, reconhecendo a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente, partindo da legalidade como

princípio da análise da conduta infracional e reconhecendo como direito a existência do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da privação da liberdade (internação) como medida breve e excepcional (MENESES, 2008, p. 59-58).

Contudo, embora a história aponte avanço cronológico da legislação em relação ao sistema de responsabilização manejado pelo Judiciário (dominante), a situação dos adolescentes em conflito com a lei permanece estigmatizada, no sentido de buscar, na aplicação da legislação especial, mera pedagogia corretiva.

2 Paradigmas do Direito Infantojuvenil

A doutrina pátria identificou três escolas diferentes no trato da questão da criança e do adolescente, a saber: a doutrina do Direito Penal do menor⁷, a doutrina da situação irregular e a doutrina da proteção integral. Dessas, apenas as duas últimas serão objeto de investigação nesse trabalho.

2.1 Paradigma da Situação Irregular

O paradigma da situação irregular inicia-se com a etapa tutelar em meados de 1920, nos Estados Unidos da América,

⁷ Nessa doutrina, percebe-se pouca ou quase nenhuma distinção entre o adulto e a criança no que se refere à imputabilidade penal e não há normas específicas de proteção à infância e à adolescência, dando importância a essas pessoas somente quando praticassem um ato de delinquência (SARAIVA, 1999, p. 16). Em que pese a importância dessa doutrina na história da evolução dos direitos afetos à criança e à adolescência, essa doutrina não será objeto de exame.

sendo resultado do Movimento dos Reformadores⁸ em resposta a uma demanda de indignação moral, em face do reconhecimento de maus-tratos e de outras mazelas presentes nas unidades de internação de “menores” autores de atos infracionais (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 36). A experiência norte-americana teve reflexo mundial, notadamente quanto à Administração da Justiça de Menores nos países da América Latina. O Movimento dos Reformadores surge na América Latina num momento histórico marcado por fortes conflitos sociais de ordem econômica, em razão da submissão à essa ordem no campo internacional ao meio do pensamento hegemônico positivista (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 36).

O revogado Código de Menores de 1979 adotou essa doutrina e consistiu um avanço com relação à doutrina anterior do Direito Penal do Menor, pois identificava os menores de 18 anos como objeto da norma somente quando se encontravam em estado de “patologia social”⁹, isto é, em situação tida como irregular, que tanto poderia derivar de sua conduta pessoal (práticas de atos infracionais), como de uma situação familiar (maus-tratos) ou social (abandono). Nisso consistiu a criação de institutos para “menores”, até hoje presentes em alguns setores da cultura nacional, onde muitas vezes misturavam-se infratores,

⁸ Emílio Garcia Mendez (1994, p. 34) sustenta que o núcleo mais expressivo do movimento dos reformadores era formado por pessoas da alta sociedade, especialmente por mulheres que perceberam uma forma de ascensão e interação social.

⁹ A patologia social era definida no art. 2º do antigo Código de Menores.

abandonados e vitimizados por abandono e maus-tratos com autores de conduta infracional, pois entendia-se que todos estariam na mesma condição de irregularidade (SARAIVA, 1999, p. 16-17).

A criminalização da pobreza e a judicialização das questões sociais foram características marcantes de tal período, amparadas pelo Código de Menores, que procurava destacar o direito do menor como ramo específico do Direito, independente do Direito Penal. Entretanto, a prática do juizado de menores demonstrou que a estratégia de distinção, isto é, a lógica da não punição com penas como no Código Penal, mas sim da proteção, assistência e reeducação, nem sempre foi efetiva (BRITO, 2007, p. 64). O “sistema FEBEM” foi significativo para amparar decisões judiciais que determinavam internações, mesmo aos que não eram autores de qualquer infração. As garantias processuais eram nulas. Crianças e adolescentes eram objetos do direito, da norma jurídica, nas mãos de uma única pessoa a traçar seus destinos: o Juiz de Menores (MENESES, 2008, p. 58).

O que se percebe é que havia uma ambiguidade no agir dos atores jurídicos e políticos que se estende até os dias atuais, pois em que pese a tentativa do Código de Menores de se apoiar no caráter familiar, educativo, assistencialista e protetivo, como nova leitura jurídica do desvio, que deveria guiar o juizado de menores, o que se praticava era a ideologia meramente punitiva, no sentido de aplicar o castigo a quem desviava a conduta (BRITO, 2007, p.

665), resquício da era do descaso e da desvalorização da criança no Brasil Colônia e Império¹⁰.

Aliás, o termo “menor”, atualmente superado e substituído para identificar criança ou adolescente, retrata vocabulário preconceituoso, no sentido de que remete a crianças e jovens perigosos ou postos em perigo e de práticas de intervenção do Judiciário no social em prol de um projeto de “defesa social” (BRITO, 2007, p. 116-117).

Portanto, a legislação contida no antigo Código de Menores “[...] vinha a legitimar o objetivo de manter a ordem almejada, à medida que, ao zelar pela infância abandonada e criminoso, prometia extirpar o mal pela raiz, livrando a nação de elementos vadios e desordeiros, que em nada contribuíam para o progresso do país” (RIZINI, 2009, p. 139). Essa situação muda de figura ao efervescer a doutrina da proteção integral.

2.2 Paradigma da Proteção Integral

Esta escola parte do pressuposto de que todos os direitos da criança e do adolescente devem ser reconhecidos (SARAIVA, 1999, p. 17) e priorizados, impondo a prática de atos que os respeitem como pessoas em desenvolvimento. O sistema da proteção integral dirige e orienta o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente –ECA e foi sedimentado após desenvolvimento

¹⁰ Eva Teresinha Silveira Faleiros escreveu o artigo “A criança e o adolescente. Objetos sem valor no Brasil colônia e no Império”, no qual registra pesquisa histórica desde a escravidão, para compreender a assistência à criança e ao adolescente (FALEIROS, 2009, p. 203-222).

de inúmeros documentos, assembleias ou discussões em nível nacional e internacional.

No âmbito internacional, alguns documentos colaboraram direta ou indiretamente para a formatação do atual Direito da Criança e do Adolescente, dentre eles, destacam-se: a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, o Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, As Regras Mínimas de Beijing, de 1985, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, as Regras Mínimas de Riad, de 1990 (CHAVES, 1997, p. 33-39).

Dos documentos listados, os documentos que registraram maior força política e normativa capaz de impor mudança de paradigma no âmbito das Nações Unidas foram a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 28, que culminaram com a elaboração do texto constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente (SAUERBRONN, 2011, p. 10).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989, foi um documento internacional com regras imperativas aos países signatários, entre eles o Brasil, e consolidou a Doutrina da Proteção Integral à Criança (MENESES, 2008, p. 59).

No cenário nacional, a doutrina da proteção integral

foi adotada pela Constituição Federal de 1988, no art. 227, antecipando-se à própria Convenção, tendo em vista que o texto da ONU foi aprovado pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Depois, o ECA foi aprovado pela Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, consagrando o texto constitucional e rompendo explicitamente com a chamada doutrina da “situação irregular”.

O espírito e o conteúdo do ECA concentraram o desafio de transformar os fracassos reiterados das políticas-programas de proteção e prevenção anteriores em efetivação de direitos subjetivos das crianças e adolescentes. A nova lei, segundo Emílio Garcia Mendez e Antonio Costa (1994, p. 58), admite a complexidade do problema e incorpora, por exemplo, a privação da liberdade como último recurso das medidas socioeducativas, a partir do reconhecimento dos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento – arts. 112 a 125 do ECA.

Ademais, das várias inovações apresentadas pela doutrina da proteção integral, importa registrar a aderência aos princípios da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, da prioridade absoluta, do melhor interesse e da responsabilidade solidária.

O princípio da condição peculiar como pessoa em desenvolvimento reconhece que as categorias crianças e adolescentes são seres em desenvolvimento e são sujeitos de direitos, o que determina a mudança de olhar do mundo adulto em relação a eles. A condição especial de desenvolvimento indica

tratamento diferenciado do dispensado ao adulto, razão pela qual merecem receber atendimento prioritário, considerando a fase especial de suas vidas, bem assim, em virtude da ligação destas categorias com as gerações futuras, imprescindível à busca do equilíbrio social, econômico e ambiental (SAUERBRONN, 2011, p. 17).

Outro princípio que merece destaque é o da prioridade absoluta, que fixa a prioridade das questões da criança e do adolescente a ser observada na formulação de políticas públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos¹¹. Esse princípio, além de restar explícito no Texto Constitucional¹², ainda é apontado em leque exemplificativo no parágrafo único, do artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³ (AMIM, 2011b, p. 22).

¹¹ Art. 4º do ECA: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, *com absoluta prioridade*, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹² Art. 227 da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹³ Art. 4º, parágrafo único, do ECA: *A garantia de prioridade compreende:*
a) *primazia de receber proteção e socorro* em quaisquer circunstâncias;
b) *precedência de atendimento* nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) *preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;*
d) *destinação privilegiada de recursos públicos* nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Portanto, o princípio da prioridade absoluta espelha a primazia dos direitos da criança e do adolescente em todas as esferas públicas e privadas e em todas as fases de elaboração das políticas públicas, especialmente nas diversas etapas de feitura e execução do orçamento público (SAUERBRONN, 2011, p. 18).

O princípio do melhor interesse recebeu uma nova dimensão a partir da Doutrina da Proteção Integral, pois ele já era evidenciado pela Doutrina anterior. Com a nova Doutrina, desaparece o paradigma de incapacidade e passa a vigorar o modelo de sujeito de direitos, determinando uma nova perspectiva de interesses da criança e do adolescente (MORAES, 2003, p. 20). Isso significa que o melhor interesse será apreciado a partir da percepção do adulto e também da criança e do adolescente, por meio de oitivas não revitimizantes.

O princípio da responsabilidade solidária, que envolve o tripé família-sociedade-Estado, e dispõe cada ente no âmbito de suas responsabilidades, deve assegurar os direitos elementares da infantoadolescência, colocando crianças e adolescentes a salvo de qualquer contexto atentatório aos direitos, inclusive aqueles decorrentes de falta ou de incipientes políticas públicas. Diante desse princípio, tem-se uma complementaridade da atuação em prol dessa categoria, estando reservada para família, em primeiro lugar, parte da responsabilidade no atendimento, eis que é o primeiro espaço social em que a criança é inserida bem como devido à importância da família para uma sociedade harmônica e solidária, indicando priorização do espaço familiar na elaboração

de políticas públicas, aqui compreendidas como mecanismos de realização dos direitos fundamentais (SAUERBRONN, 2011, p. 14-15).

À sociedade, cabe ocupar os espaços de atuação por meio dos Conselhos de Direitos e dos Conselhos Tutelares. Os primeiros são organizados nos níveis municipal, estadual, federal e distrital, responsáveis pela formulação e controle das políticas públicas na área da infância e da adolescência. Os segundos são colegiados, formados por cidadãos eleitos pela comunidade e têm por atribuições a aplicação das medidas protetivas às crianças e aos adolescentes em situação de vulnerabilidade social e de medidas destinadas aos pais ou responsáveis, conforme disciplina legal.

Neste contexto de responsabilidade solidária, o Estado figura como o grande articulador das políticas públicas, notadamente no que toca às políticas sociais básicas e as de natureza supletiva, as quais objetivam a inclusão social, a melhoria nas condições de vida da infância e da juventude e o respeito aos direitos fundamentais dessa categoria, devendo o Judiciário, em contrapartida, pautar suas decisões no princípio da proteção integral.

3 Direitos Fundamentais do Adolescente

Direitos fundamentais, em apertada síntese, “[...] são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente [...] direitos fundamentais são

os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (CANOTILHO, 1998, p. 359).

Nesse sentido, os direitos fundamentais estruturam o núcleo de direitos inatos ao ser humano, limitando e condicionando a atuação do Estado.

No âmbito interno, os direitos fundamentais são reconhecidos principalmente a partir do texto constitucional. A primazia da Constituição Federal é indiscutível, pois ela ocupa o vértice piramidal do ordenamento jurídico, funcionando, também, como elo unificador do sistema e fonte legitimadora de todos os demais veículos normativos. Assim, é possível afirmar que a Carta Magna foi “fonte inspiradora” dos corpos legislativos que entraram em vigor após seu advento, a teor do Estatuto da Criança e do Adolescente (TEIXEIRA; SÁ, 2004, p. 18-19).

As crianças e os adolescentes são, a partir da implantação do paradigma da proteção integral¹⁴, sujeitos de direitos, motivo pelo qual detêm igualmente uma gama de direitos fundamentais a serem observados e efetivados previstos nos instrumentos normativos listados anteriormente (Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente).

Com relação aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, o legislador constituinte delimitou aqueles que

¹⁴ Conforme será salientado, a Constituição Federal de 1988 incorporou significativas mudanças na seara do direito da criança e do adolescente, estabelecendo novos paradigmas (doutrina da proteção integral em detrimento da situação irregular).

se mostram indispensáveis à formação do ser humano ainda em desenvolvimento, dispendo-os no art. 227 da CF/88¹⁵: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e ao de serem colocados a salvo de qualquer ato que implique em negligência ou violência (AMIM, 2011a, p. 39-40).

O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, em conformidade com o que dispõe o art. 227 da Constituição Federal, preceitua que “[...] a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral”, conferindo à criança e ao adolescente *status* de sujeitos de direitos fundamentais (ELIAS, 2005, p. 3).

É importante esclarecer que o rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, não cria impedimentos para que existam outros direitos fundamentais no texto constitucional para além desse dispositivo normativo (FERNANDES, 2014, p. 353). Portanto, o rol elencado no art. 5º não é taxativo, havendo outros direitos reconhecidos como fundamentais, a exemplo dos direitos infantojuvenis do art. 227 da CF/88. O contrário também é verdadeiro, isto é, as crianças e os adolescentes possuem direitos fundamentais especiais, que não excluem os direitos fundamentais

¹⁵ Art. 227, CF/88: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o *direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

dos demais seres humanos, a exemplo da individualização das sanções.

Todos os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser reconhecidos e se constituem em direitos especiais e específicos pela condição que ostentam de pessoas em desenvolvimento (FACHINETTO, 2009, p. 52-53). Nesse trabalho, merece destaque a individualização das medidas socioeducativas.

3.1 Individualização da Medida Socioeducativa

Diferentemente da Legislação Penal – que apresenta para cada conduta delitiva uma pena –, o Estatuto da Criança e do Adolescente, na seara da responsabilização penal juvenil, dispõe um leque de medidas socioeducativas e protetivas catalogadas nos artigos 112 e 101, respectivamente. Ao contrário do direito penal, que prevê três fases para a dosagem da pena, para a aplicação da medida socioeducativa, o sistema descreve critérios objetivos e subjetivos para a escolha, sendo imperioso considerar a subjetividade para a individualização da medida a ser aplicada.

Os critérios objetivos dizem respeito à aplicação da medida socioeducativa de internação, a teor das hipóteses descritas nos incisos I e II do art. 122 do ECA, vale dizer, quando tratar-se de ato infracional com uso de violência ou grave ameaça à pessoa ou quando cuidar-se de reiteração na prática de atos infracionais graves, como no caso apreço. Salienta-se que o inciso III, do mesmo dispositivo, versa sobre o incidente de execução da

medida socioeducativa – internação-sanção – e não sobre critério para a escolha da medida socioeducativa de internação.

Os critérios subjetivos são a capacidade do jovem cumprir a medida; as circunstâncias do ato infracional; a gravidade do ato infracional e as necessidades pedagógicas, conforme determinam o artigo 112, §1º c/c o artigos 113 e 100, da Lei Especial.

Mário Volpi enumerou nove características das medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes, que devem ser observadas quando da sua escolha, a saber

- a. As medidas sócio-educativas são aplicadas e operadas de acordo com as características da infração, circunstâncias sócio-familiares e disponibilidade de programas e serviços em nível municipal regional e estadual.
- b. As medidas sócio-educativas comportam aspectos de natureza coercitiva, uma vez que são punitivas aos infratores, e aspectos educativos no sentido de proteção integral e oportunização, e do acesso à formação e informação. Sendo que em cada medida esses elementos apresentam graduação de acordo com a gravidade do delito cometido e/ou sua reiteração.
- c. Os regimes sócio-educativos devem constituir-se em condições que garanta o acesso do adolescente às oportunidade de superação de sua condição de exclusão, bem como de acesso à formação de valores positivos de participação na vida social.
- d. A operacionalização deve prever, obrigatoriamente, o envolvimento familiar e comunitário, mesmo no caso da privação de liberdade. Sempre que possível deverão ser avaliadas condições favoráveis que possibilitem ao adolescente infrator a realização de atividades externas.
- e. A estrutura de funcionamento dos programas deve contemplar a participação de grupos da comunidade que contribuirão com

as atividades e participação nos planejamento e controle das ações desenvolvidas na unidade de trabalho, oportunizando a relação entre o interno e a comunidade.

f. Os programas sócio-educativos de privação de liberdade deverão utilizar-se do princípio da incompletude institucional, caracterizado pela utilização do máximo possível de serviços (saúde, educação, defesa jurídica, trabalho, profissionalização etc.) na comunidade, responsabilizando as políticas setoriais no atendimento aos adolescentes.

g. Os programas sócio-educativos de privação de liberdade deverão prever os aspectos de segurança, na perspectiva de proteção à vida dos adolescentes e dos trabalhadores, atentando-se para os aspectos arquitetônicos das instalações e formas de contenção sem violência.

h. Os programas sócio-educativos deverão, obrigatoriamente, prever a formação permanente dos trabalhadores, tanto funcionários quanto voluntários.

i. As denominações das unidades de aplicação das medidas, dos adolescentes envolvidos e das demais formas de identificação das atividades a eles relacionadas devem respeitar o princípio da não-discriminação e não-estigmatização, evitando-se os rótulos que marcaram os adolescentes e os expõem a situações vexatórias, impedindo-os de superar suas dificuldades na inclusão social (VOLPI, 1997, p. 20-22).

No entanto, recente pesquisa empírica acadêmica demonstrou que a segunda instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ainda se utiliza em grande medida do paradigma da situação irregular na fundamentação das decisões que escolhem as medidas socioeducativas, o que indica contradição entre o discurso doutrinário e prescritivo e a *práxis*,

(SAUERBRONN, 2014), contribuindo para a superlotação das unidades do sistema socioeducativo.

Quanto à delimitação da abrangência da pesquisa, vale lembrar que o campo investigado foi a segunda instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, composto por três Turmas Criminais, cada qual formada por quatro Desembargadores, totalizando doze; quatorze Procuradores de Justiça Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e onze Defensores Públicos da Defensoria Pública do Distrito Federal, dos quais quatro funcionam em primeiro grau, perante as duas Varas da Infância e Juventude do Distrito Federal e são responsáveis pela interposição das peças processuais, especialmente recursos, e sete são responsáveis por toda a área criminal (adulto e adolescente) e incumbidos de apresentarem ações pertinentes aos recursos em andamento na segunda instância (SAUERBRONN, 2014, p. 106).

As decisões ou unidades de observação foram as peças processuais apresentadas pela Defensoria Pública, os pareceres ofertados pela Procuradoria e os acórdãos proferidos pelas três Turmas Criminais, num total de 90 (noventa) decisões, representando uma amostra de, aproximadamente, 10% (dez por cento) das decisões proferidas nas ações socioeducativas que tramitaram no período de agosto de 2012 a agosto de 2013, perfazendo um total de 960 (novecentos e sessenta) decisões lançadas neste período¹⁶. A delimitação temporal buscou assegurar

¹⁶ Esses dados foram retirados da pesquisa empírica indicada.

um grupo de decisões proferidas pelo mesmo grupo de decisores, considerando, sobretudo, a alternância dos atores jurídicos no exercício de suas funções (SAUERBRONN, 2014, p. 107).

Quanto aos resultados quantitativos, observou-se que 45% das análises expressaram o paradigma da situação irregular, 43% apresentaram o paradigma garantista e 14% manejaram os dois paradigmas, indicadores que refletem a preferência pelo paradigma antecessor e flagrantes sinais de disputa entre eles, chegando a ocorrer num mesmo trecho de decisão (SAUERBRONN, 2014, p. 142).

Nesse sentido, como garantir ao adolescente que os objetivos retributivos e ressocializadores da medida que receberá serão plenamente satisfeitos, se a identificação dos motivos da escolha da medida socioeducativa está associada ao paradigma da situação irregular, de forma oculta e dissimulada (violência simbólica)? A resposta, sem dúvida, está na melhor individualização das condutas, utilizando o princípio da proteção integral, assim como os princípios da brevidade e da excepcionalidade da medida socioeducativa.

A individualização de uma sanção, vista como direito fundamental daquele que transgredir uma norma, merece ser aplicável tanto na seara penal como na infracional, atendidas, nesse último caso, às suas especificidades, a fim de não apenas diminuir a quantidade de internações, mas principalmente de garantir que os direitos dos adolescentes sejam respeitados. Por meio do adolescente – do modo como a sociedade o concebe,

o amolda e regula seus destinos – apreendem-se certos traços que marcam a trajetória de uma nação (RIZZINI, 2009, p. 98). Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1997, p. 66) afirma que a graduação da sanção se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada de acordo com a proporcionalidade.

Dessa forma, o princípio da individualização é expressão do princípio da proporcionalidade, está inserto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal¹⁷, expressa o valor “indivíduo” e impede que se ignorem as diferenças (BOSCHI, 2004, p. 69). Esse postulado não está restrito apenas ao processo de fixação *in abstracto* por parte do legislador e *in concreto* por parte do juiz, quando da aplicação da sanção, mas abrange também a sua própria execução (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 658), aduzindo a necessidade e a importância de atribuir a cada condenado a repreensão adequada ao seu julgamento.

Individualiza-se a sanção precisamente porque cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis (BOSCHI, 2004, p. 69). Individualizar significa aplicar a determinado agente a resposta penal necessária e suficiente para reprimir e prevenir o crime (BOSCHI, 2004, p.

¹⁷ “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.”

69), assim como particularizar o que antes era genérico, fugindo de uma padronização, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da norma, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve a resposta estatal preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto (NUCCI, 2011, p. 36).

Portanto, delimitar qualitativa e quantitativamente as sanções na sentença é exercer atividade destinada à medição da culpabilidade para a conseqüente quantificação da reação do Estado contra o crime ou prática de ato infracional e o transgressor da norma, tendo em conta determinado fato e determinado infrator (BOSCHI, 2004, p. 70), a partir da exposição de minuciosa fundamentação que indique os fatores que definiram a sanção, a fim de possibilitar não apenas a concretização dos princípios da ampla defesa e do contraditório, como também os da proporcionalidade, da individualização da sanção e da especialidade dos direitos do adolescente, sendo certo que qualquer solução automática se mostra temerária na concretude desses princípios.

A garantia da individualização mediante a consideração de todas as particularidades do caso concreto, de modo a preservar-se, no contexto das diferenças, o limite extremo de responsabilização pelo fato, enseja a realização, pelo Estado, da justiça distributiva, no sentido proposto por Aristóteles de divisão das honras, dos bens, dos impostos, dos cargos e das funções a cada um, nas porções consentâneas ao mérito pessoal (BOSCHI, 2004, p. 71).

Diz-se que, ao aplicar a sanção, o magistrado faz justiça distributiva, porque, ao responsabilizar os autores do fato, ele não pode desprezar as diferenças que fazem de cada um “um indivíduo” (BOSCHI, 2004, p. 71). A individualização surge para que cada pessoa seja individualmente considerada, observando todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto e a própria pessoa do condenado, para evitar a fixação de sanções desarrazoadas e desproporcionais.

Nesse sentido, comunga-se das conclusões de Emílio Garcia Mendez (1994, p. 77) ao compreender que a percepção da infância e da juventude como sujeitos plenos de direitos constitui um processo de caráter irreversível no seio da comunidade e que o continente precisa, mais do que nunca, de utopias positivas concretas para elaborar um futuro melhor, e isso, sem dúvida, passa pelo Judiciário na escolha da medida socioeducativa e na observância da proteção integral, permitindo um desenvolvimento mais promissor aos adolescentes.

4 Considerações Finais

A partir do exposto, é possível perceber que as práticas do Judiciário, quanto à escolha da medida socioeducativa, inserem-se no contexto da violência ilegítima à medida que impõem soluções dissociadas do modelo atual de proteção integral destinado aos adolescentes e, a partir do uso do campo jurídico, que permite, com o monopólio de dizer o direito e a interpretação de conteúdo

normativo polissêmico, a eleição de medidas socioeducativas mais severas.

O desafio que se impõe é associar a *práxis* jurídica ao conhecimento teórico de um poder dominante na busca pela aplicação da proteção integral, assim como permitir que os dominados (adolescentes) se invistam de poder na defesa de seus direitos fundamentais, mormente na individualização de medidas socioeducativas que visem não apenas sancioná-los e puni-los, como também educá-los e ressocializá-los.

É preciso ter em mente que os adolescentes são considerados, a partir da mudança de paradigma, como seres em desenvolvimento, cujos direitos devem ser priorizados no melhor de seus interesses, devendo o Judiciário cuidar para que suas decisões sejam no sentido de protegê-los, superando conflitos interpretativos entre o paradigma anterior e o atual, no momento de se eleger a medida socioeducativa no caso concreto.

O adolescente de hoje é o futuro do amanhã e, nessa perspectiva, devemos zelar para que o complexo processo de lutas nos campos econômico, político, cultural e jurídico, que culminaram no avanço da legislação protetiva a essa classe e na mudança de paradigma para a proteção integral, não se torne um mero programa de ação futura e, sim, que sejam empreendidos esforços concretos para se tornar efetivo o direito fundamental à individualização da punição aos atos infracionais por ele praticados.

Title: The Judiciary and the Symbolic Power in the Application of Social and Educational Measures

Abstract: The question in this text seeks to bring the discussion on the legal practices in the choice of social and educational measures in a legal system which uses illegitimate violence to deny the fundamental rights of young offenders, especially the one to have a social and educational measure effectively individualized, reproducing outdated models from the perspective of the paradigm of an irregular situation at the expense of full protection. The scientific problem raised therefore seeks to know how the judiciary, seen as the dominant entity in the design of Bourdieu, may be more rational in implementing social and educational measures in the quest for realization of the current system of full protection. The initial hypothesis is that the symbolic violence (hidden, disguised) is exercised by the Judiciary in the choice of social and educational measures, and the fundamental rights, especially the individualization, are not observed at their source.

Keywords: Judiciary power. Young offenders. Child and juvenile law. Adolescents – fundamental rights. Adolescents – full protection. Social and educational measure – individualization.

Referências

AMIM, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39-102.

AMIM, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21-38.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BOURDIEU, Pierre. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Tradução de Reynaldo Barão. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRITO, Eleonora Zicari Costa de. *Justiça e gênero: uma história da justiça de menores em Brasília (1960-1990)*. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1997.

DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: conferências de Frankfurt*. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas* (in) existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FALEIROS, Eva Teresinha Silveira. A criança e o adolescente: objetos sem valor no Brasil Colônia e no Império. In: RIZZINE, Irene; PILLOTTI, Francisco (Org.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 203-222.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo. (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Tradução por Júlio César Barroso Silva. Buenos Aires: Clasco, 2005. p. 21-53.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENESES, Elcio Resmini. *Medidas socioeducativas: uma reflexão jurídico-pedagógica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIZZINI, Irene. Crianças menores: do pátrio poder ao pátrio dever. Um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILLOTTI, Francisco (Org.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 97-149.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SAUERBRONN, Selma. *Políticas públicas e a proteção integral à criança e ao adolescente, com enfoque no Distrito Federal*. Brasília: Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento, 2011.

SAUERBRONN, Selma. *Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Instituto de Pesquisa e Pós-Graduação, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire. Fundamentos principiológicos do estatuto da criança e do adolescente e do estatuto do idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo, v. 6, n. 26, p. 18-34, out./nov. 2004.

VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALENTE, Ana Cláudia de Souza. O Judiciário e o poder simbólico na aplicação da medida socioeducativa.

Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, n. 9, p. 579-616, 2015. Anual.

Submissão: 30/7/15

Aceite: 27/8/15

Análise Criminológica da Política Penitenciária de Medidas Alternativas no Distrito Federal

Alexandre Carvalho Burnett

Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT. Especialista em Ministério Público e Ordem Jurídica pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Resumo: A presente pesquisa teve por finalidade realizar uma análise criminológica da política penitenciária de medidas alternativas do Distrito Federal. Para tanto, utilizou-se de uma análise descritiva do Plano Diretor de Segurança Pública do Distrito Federal e de dois documentos produzidos pelo Ministério da Justiça bem como realizou-se uma análise descritiva de dezoito processos obtidos aleatoriamente na 2ª Promotoria de Execução de Penas e Medidas Alternativas do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT. Além disso, aplicou-se questionário formulado com perguntas fechadas e abertas a três membros do MPDFT que atuam na área de medidas alternativas à prisão. Os resultados da pesquisa demonstraram que a política penitenciária de medidas alternativas à pena privativa de liberdade no Distrito Federal não é efetiva e explicitaram a falta de comprometimento do Poder Executivo distrital com a eficácia das alternativas penais e as deficiências estruturais na execução das políticas penitenciárias de alternativas penais.

Palavras-chave: Política penitenciária. Análise criminológica. Medidas alternativas. Execução penal. Criminologia da reação social. Criminologia clínica de inclusão social.

Sumário: Introdução. 1 Da Criminologia e da Interdisciplinaridade. 2 Análise Criminológica das Políticas Penitenciárias de Medidas Alternativas à Prisão no Distrito Federal. 3 Conclusão. Referências. APÊNDICES.

Introdução

A população carcerária no Distrito Federal sofreu um aumento significativo nos últimos anos. Conforme dados publicados pelo Ministério da Justiça, em dezembro de 2005, havia no Distrito Federal a capacidade de ocupação de 5.116 vagas carcerárias, sendo: 976 para presos provisórios, 2.889 para presos em regime fechado, 1.251 para presos no regime semiaberto e nenhuma vaga para presos no regime aberto (BRASIL, 2014).

No mesmo período, havia 7.186 presos, desses: 1.373 eram pessoas presas provisoriamente (excedente de 397 presos), 3.696 estavam cumprindo pena privativa de liberdade no regime fechado (excedente de 807 presos), 2.001 em regime semiaberto (excedente de 750 presos) e 116 no regime aberto (excedente de 116 presos), restando um excedente total de 2.012 presos (BRASIL, 2014).

Em dezembro de 2012, o número de vagas aumentou para 6.441, sendo: 1.120 vagas para presos provisórios, 3.228 vagas para presos cumprindo regime fechado, 2.093 para presos cumprindo regime semiaberto e nenhuma vaga para presos cumprindo regime aberto (BRASIL, 2014).

Porém, o número de pessoas presas subiu para 11.333, sendo: 2.536 presos provisórios (restando um excedente de 1.416 presos), 5.413 pessoas presas no regime fechado (excedente de 2.185 presos), 3.383 indivíduos no regime semiaberto (excedente de 1.290 presos) e uma pessoa no regime aberto (excedente de

1 preso), totalizando um excedente de 4.892 presos (BRASIL, 2014).

Verifica-se, a partir desses dados, que o aumento de vagas nos presídios do Distrito Federal não conseguiu acompanhar, tampouco suprir, a demanda por vagas.

O sistema carcerário brasileiro não possui capacidade para realizar as tarefas de socialização e de reinserção. As penitenciárias geram consequências negativas sobre a personalidade dos encarcerados, efeitos que tendem a aumentar quanto maior for a permanência do indivíduo nesses estabelecimentos, uma vez que a comunidade carcerária causa uma desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade, ao mesmo tempo em que ocasiona uma adaptação do indivíduo aos valores da subcultura carcerária (BARATTA, 2002).

Por outro lado, as medidas alternativas à prisão mostraram-se mais compatíveis com a meta de inclusão social (SÁ, 2011). Essas penas conciliam o tratamento como pessoa humana ao indivíduo que tenha passado por um comportamento desviante, gerando uma resposta mais eficaz conforme o contexto da pessoa no momento do desvio e da aplicação da pena.

Segundo Alvin Augustus de Sá, na obra *Criminologia clínica e execução penal*, as penas hoje tidas como alternativas à prisão deveriam ter prioridade sobre o cárcere, e a prisão deveria se tornar medida alternativa. Porém, isso só poderia ser obtido se o *quantum* de punição se subordinasse à meta de inclusão social (SÁ, 2011).

Portanto, com essa pesquisa objetivamos realizar uma análise criminológica das políticas públicas de medidas alternativas à prisão no Distrito Federal para, com isso, demonstrar a efetividade dessas políticas no ente federativo, identificar as dificuldades de implementação dessas e propor soluções para possíveis problemas.

Dessa forma, para fins desta análise criminológica, utilizou-se pesquisa descritiva, documental, bibliográfica e estudo de caso.

Para tanto, propomos uma discussão criminológica acerca das políticas penitenciárias no Distrito Federal, com análise dos dados colhidos e avaliação da efetividade das políticas penitenciárias quanto às medidas alternativas à prisão, fundamentada nas premissas das teorias criminológicas da reação social (BARATTA, 2002) e criminologia clínica de inclusão social (SÁ, 2011).

Ademais, apresentamos uma investigação acerca da efetividade da política penitenciária distrital no tangente às medidas alternativas, por meio de estudo de casos e pesquisa documental no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Exibimos, também, uma análise comparativa entre a política de medidas alternativas à prisão utilizada no Distrito Federal e casos reais. A comparação foi realizada por meio da análise descritiva do “Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal” (DISTRITO FEDERAL, 2010), do “Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária e da Política de Alternativas

Penais: a concepção de uma política de Segurança Pública e de Justiça” (BRASIL, 2011), além de questionários aplicados em outubro de 2013 aos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que atuavam na área pesquisada e por meio do estudo de casos de processos aleatoriamente selecionados na 2ª Promotoria de Penas e Medidas Alternativas. Por meio dessa comparação, buscamos compreender as diferenças entre o que está idealizado e a prática forense, bem como as consequências dessas diferenças para a efetividade das medidas alternativas à prisão.

Para tanto, expomos uma análise descritiva dos documentos referentes à política penitenciária do Distrito Federal, realizada mediante o procedimento de método misto concomitante (CRESWELL, 2010, p. 39).

Com esse propósito, no período de julho a outubro de 2013, foram colhidos dados de dezoito processos obtidos no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, na 2ª Promotoria de Penas e Medidas Alternativas, referentes à atuação judicial e extrajudicial da instituição e realizados estudos de caso.

Para o exame dos estudos de caso e da pesquisa documental, foi aplicada análise descritiva de dados coletados nos 18 (dezoito) casos aleatoriamente selecionados, em que houve aplicação da política penitenciária de medidas alternativas.

A estratégia de investigação foi a transformativa concomitante, pois permite maior flexibilidade no gerenciamento

dos dados enquanto utiliza-se da estrutura transformativa como guia para a pesquisa (CRESWELL, 2010, p. 40).

Após a coleta de dados, verificamos se tais índices conformam-se à política penitenciária adotada no Distrito Federal. Os resultados da coleta foram comparados à política de alternativas penais do Poder Executivo da União e do Distrito Federal, a fim de verificar se a política penitenciária distrital está sendo efetiva e, em caso contrário, identificar os obstáculos à efetiva implementação das políticas de medidas alternativas no Distrito Federal.

1 Da Criminologia e da Interdisciplinaridade

A Criminologia pode ser definida, segundo Antonio García-Pablos de Molina (1992, p. 20), como uma ciência empírica e interdisciplinar, cujo objeto de estudo pode ser resumido ao delito e suas causas, ao indivíduo que cometeu o delito, à vítima, ao controle social do delito e à prevenção do delito.

Outra forma de conceituar a Criminologia é a proposta por Carlos Alberto Elbert (2011, p. 330), que também a define como ciência interdisciplinar; porém, diferentemente de Molina, sustenta que não possui um objeto unívoco nem método próprio.

A interdisciplinaridade é característica marcante da ciência criminológica. Isso significa que a Criminologia não integra com exclusividade nenhuma seara do saber, sendo composta, na realidade, por diversas disciplinas científicas, como Biologia, Psicologia, Estatística, Sociologia, Comunicação, entre outras. A

junção dessa gama de ciências e suas respectivas metodologias produz um valioso “banco de dados” de informações especializadas sobre a criminalidade e seus atores.

Ademais, a interdisciplinaridade não é o mesmo que auxiliaridade nas ciências, pois, para que haja uma investigação interdisciplinar, é necessário que o pesquisador tenha como parâmetro a livre circulação de saberes. Ou seja, é necessário que uma ciência não esteja a serviço da outra, “[...] do contrário, a riqueza da interdisciplinaridade redundará na pobreza e na mediocrização do conhecimento através da auxiliaridade” (CARVALHO, 2011, p. 15-16).

Na presente investigação, trabalhamos, principalmente, com a interdisciplinaridade entre ciência criminológica, política criminal e penitenciária, execução penal e da dogmática penal.

2 Análise Criminológica das Políticas Penitenciárias de Medidas Alternativas à Prisão no Distrito Federal

A Constituição da República (BRASIL, 1988) estabelece, em seu artigo 24, as competências concorrentes entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal. Nestes termos, compete à União legislar diretrizes nacionais dos assuntos listados nos incisos do artigo constitucional. Aos Estados-membros e ao Distrito Federal, por sua vez, competem, facultativamente, legislar complementando as normas gerais editadas pela União.

Assim, verifica-se que compete à União editar normas gerais de direito penitenciário, enquanto compete aos Estados-

-membros e ao Distrito Federal editar normas complementares de direito penitenciário.

Por sua vez, a Lei Orgânica do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 1993) disciplina a política penitenciária distrital em seus artigos 122, 123 e 124. Esses artigos se limitam a:

- a) afirmar que a legislação penitenciária do Distrito Federal respeitará as normas internacionais das Nações Unidas para o tratamento dos indivíduos presos ao sistema penitenciário e a ampla defesa em infrações disciplinares, bem como definirá a composição e competência do Conselho de Política Penitenciária do Distrito Federal;
- b) estabelecer garantias mínimas para as mulheres encarceradas; e
- c) afirmar a garantia de que os estabelecimentos carcerários proporcionarão condições laborais remuneradas.

Desta forma, não vislumbramos nenhum impedimento constitucional ou da Lei Orgânica local para a edição de legislação distrital que possa auxiliar na efetividade das medidas alternativas. Inclusive, há na Lei Orgânica do Distrito Federal um mandamento para a elaboração de uma legislação penitenciária local que deverá, obrigatoriamente, respeitar as normas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos, garantir a defesa técnica nas infrações disciplinares, além de definir composição e competência do Conselho de Política Penitenciária do Distrito Federal.

Certificada a competência distrital de legislar matéria

penitenciária, passamos a analisar a integração entre os poderes no Distrito Federal.

Cumpra salientar que verificamos que não há integração comunicativa nem valorativa entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no Distrito Federal no tocante à melhoria da execução das medidas alternativas.

Dessa forma, cada um dos poderes está atuando autonomamente conforme as próprias prioridades, restando ausente uma diretriz única para guiar suas ações. E assim, a atuação de cada um dos poderes tem se mostrado contraditória a dos outros.

Nesses termos, o Poder Executivo federal demonstra, prioritariamente, atuação conforme interesses financeiros nas medidas alternativas à pena privativa de liberdade, pois estas, em tese, seriam métodos eficazes para o esvaziamento das penitenciárias, o que, conseqüentemente, reduziria os custos de manutenção delas. Esse interesse está claramente demonstrado nas razões de veto parcial, por contrariedade ao interesse público, ao Projeto de Lei nº 175, de 2007– nº 1.288/07 na Câmara dos Deputados–, que alterou o Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 1984. O Poder Executivo distrital, por sua vez, é omissivo no tocante à implementação das políticas públicas de medidas alternativas à prisão no ente federativo.

O Poder Legislativo distrital elaborou, no total, trinta e sete normas com tema penitenciário. Destas, quatorze referem-se à carreira profissional de agentes públicos; sete possuem

caráter financeiro; quatro são sobre ressocialização dentro das penitenciárias – sendo duas sobre a criação e regulamentação do funcionamento da Biblioteca Nova Vida e duas sobre a criação e regulamentação do Programa de Ressocialização de Presidiário, que ocorre mediante a exibição de vídeos para auxiliar a ressocialização; quatro normas são acerca do Programa Valorização Profissional aos indivíduos condenados em regime semiaberto e aos egressos do sistema penitenciário; três referem-se à saúde dos apenados; duas são relativas à criação de cadeias públicas; duas referem-se ao Conselho Penitenciário; e uma norma refere-se ao grupo de trabalho para transferir a Subsecretaria do Sistema Penitenciário do Distrito Federal (SESIPE) para Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Assim, o Poder Legislativo distrital não aprovou nenhuma lei com o fim da melhoria das medidas alternativas à prisão no Distrito Federal.

Já o Poder Legislativo federal, por questões de competência constitucional, tem legislado no sentido de criminalizar e penalizar novas condutas (citamos como exemplos, a Lei nº 10.792, de 2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado e o Projeto de Lei do Senado nº 236, que institui o novo Código Penal, tendo sido aprovado em Comissão Especial do Senado em 17 de dezembro de 2013. Esse projeto busca criminalizar condutas como: perseguição obsessiva ou insidiosa e *bullying*, entre outras, bem como aumentar a pena para o crime de homicídio simples e a classificação de corrupção como crime hediondo).

Com base nas taxas de aumento de criminalidade no Brasil, o aumento de penalidades, a criminalização de novas condutas problemáticas e a discussão de redução da menoridade penal são discursos altamente favoráveis como propostas eleitorais (MADER, 2013). Essas políticas criminalizantes e penalizantes causam aumento considerável na quantidade de pessoas inseridas no sistema carcerário.

Desta forma, o Poder Legislativo federal tem caminhado no sentido de aumentar o número de indivíduos inseridos no sistema penitenciário.

O Poder Judiciário, por outro lado, é o poder responsável pela execução da pena. As Varas de Execução Penal e de Execução de Penas e Medidas Alternativas lutam contra o volume de serviço e a falta de estrutura penitenciária para gerenciar os casos dos indivíduos condenados.

Ao longo da pesquisa, constatamos que o Poder Judiciário é o único dos poderes que está efetivamente se esforçando no sentido de melhorar a aplicação das medidas alternativas à prisão e a efetividade das políticas penitenciárias. Esse poder, no Distrito Federal, criou recentemente a Vara de Execuções das Penas em Regime Aberto – VEPERA e tem instituído novos Juizados Especiais. Além disso, a Seção Psicossocial da VEPEMA realiza os seus serviços de forma séria e comprometida, o que está gerando um significativo aumento na aplicação de penas e medidas alternativas.

Concluimos, assim, que o Poder Judiciário está envolvido na melhoria da efetividade das medidas alternativas à prisão.

Porém, a falta de infraestrutura ou de condições penitenciárias para a execução das penas privativas de liberdade tem refletido nos pronunciamentos judiciais, como, por exemplo, explicita a decisão do Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* n. 230.082/CE (BRASIL, 2012), que concedeu a ordem para que o indivíduo, cumprindo pena em regime semiaberto, passasse a cumprir a pena em prisão domiciliar até o surgimento de vaga em estabelecimento penitenciário condizente com o referido regime.

O Brasil passa, atualmente, por uma crise penitenciária. Para explicitar a gravidade da crise, tomemos as palavras de Denise Hammerschmidt e Gilberto Giacoia:

La realidad carcelaria brasileña no es diferente en el sentido de la gravedad de su situación. El panorama actual es trágico, acusándose un déficit de vacantes asustador. Muchos condenados cumplen pena en establecimientos impropios y la prisión preventiva es aún practicada sin moderación. Hasta hace poco, por datos oficiales fornecidos por el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria y que corresponden a los del censo penitenciario nacional, se indicaba un promedio de más de 100 presos por cada 100.000 habitantes. Esos números, en los últimos años han crecido en proporción geométrica. Brasil es, hoy, el cuarto país en población carcelaria en todo el mundo, perdiendo solamente para EEUU, China y Rusia. Se proyecta, si nada cambia, que en 2038 pase a todos los demás (HAMMERSCHIMIDT; GIACOIA, 2012, grifo nosso).

Jurisprudências como a citada acima refletem a falência do sistema penitenciário de penas privativas de liberdade no Brasil. Ademais, o esvaziamento de penitenciárias por decisões judiciais extremas, como no caso supracitado, demonstra os resultados de como a política penitenciária dos entes federativos vem sendo aplicada.

Em dois dos três questionários aplicados em outubro de 2013 a membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios foi salientada a importância da atuação conjunta dos três poderes na execução das alternativas penais. Assim, verificamos que a falta de integração entre os poderes é um prejuízo para a eficácia da política penitenciária de medidas alternativas.

Além do problema de falta de infraestrutura e de condições dignas para o cumprimento das penas privativas de liberdade, verificamos que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios enfrentava dificuldades na fiscalização das entidades colaboradoras (públicas e privadas). Essas instituições fornecem suporte essencial para o cumprimento de penas e medidas alternativas de prestação pecuniária e de prestação de serviços à comunidade bem como têm um papel fundamental na ressocialização do indivíduo cumprindo essas medidas.

Verificamos que o volume de processos a serem analisados pelo órgão ministerial e a falta de pessoal para realizar as fiscalizações *in loco* geraram uma prevalência da fiscalização processual (fiscalização indireta) sobre a extraprocessual (fiscalização direta).

A escassez de fiscalização direta sobre as entidades colaboradoras influencia na eficiência das medidas alternativas à prisão. Se as entidades colaboradoras são fundamentais para a ressocialização do indivíduo que praticou um comportamento problemático definido como delito, qualquer desvio de finalidade ou falha nos trabalhos realizados afeta diretamente o seu papel social de reinclusão.

Esse problema, aliado à falta de informação da sociedade sobre o que são as medidas alternativas, influi diretamente na percepção do indivíduo submetido a elas no que se refere à noção acerca do que realmente são as medidas alternativas e seus benefícios para ele. O indivíduo mal informado, quando submetido a medidas alternativas, fica com a impressão de que elas não são punições de fato, e pode ficar por muitos mais anos preso no sistema repressor estatal.

A fiscalização direta realizada na verificação do recolhimento domiciliar noturno também produz outros problemas na efetividade da política penitenciária de medidas alternativas à prisão.

Observamos que, entre os dezoito processos analisados, quatro indivíduos (22,22% dos casos analisados) cumprindo medidas alternativas à prisão mudaram de residência ao longo da execução da pena. Cumpre atentar que, por mais que apenas uma das pessoas tenha exposto a relação entre a fiscalização direta e a mudança de residência, não se trata de um caso isolado.

A fiscalização direta, quando realizada sem a discricção

necessária para o auxílio à reinclusão social, fortalece o estigma imposto ao indivíduo que cumpre a medida alternativa. Em um dos casos estudados, o indivíduo expressou que foi obrigado a mudar de residência três vezes em um período de oito meses, pois o proprietário, sabendo que a fiscalização do cumprimento do recolhimento domiciliar visitou seu locatário, requereu o imóvel de volta.

Tal problema, em tese, poderia ser reduzido com a implantação de monitoramento eletrônico. Porém, a possibilidade de aplicação dessa medida foi vetada na lei que primeiramente previa esse instituto (BRASIL, 2010), por motivos financeiros (aumento dos gastos) e de interesses governamentais (supostamente não reduziria o número de pessoas incluídas no sistema carcerário).

Ademais, isso demonstra, ainda, outra dificuldade: a reação social das instâncias informais de controle social. Este problema surge quando a comunidade descobre que um de seus pares está cumprindo pena (não importando se é privativa de liberdade, pena ou medida alternativa) por ter praticado comportamento problemático definido em lei como delituoso. Essa comunidade reage tratando-o conforme o estigma etiquetado, não deseja que este indivíduo participe das mesmas relações sociais que as suas, afastando-o da forma como pode, seja retirando-o do imóvel que esteja alugando, seja na forma de ostracismo.

Somado a isso, o controle social é reforçado pelos dados oficiais divulgados na imprensa. As informações diárias

divulgadas na mídia acerca de crimes, principalmente violentos, na comunidade, causam a sensação de insegurança (real ou fictícia) de que qualquer um pode ser um “inimigo social”. Quando a comunidade descobre que um dos “inimigos sociais” foi capturado pelas instâncias de controle formais e solto no seio desta realidade social, a sensação de medo apenas se agiganta, o que gera uma reação de exclusão do “mal social” desta comunidade. Ou seja, o processo de estigmatização se fortalece, e isso dificulta a reinclusão de indivíduos estigmatizados.

Isso se torna um problema para a efetividade das medidas alternativas à prisão, visto que não cumprem o seu papel ressocializador. Ademais, uma das causas dessa reação social é a falta de informações acerca dos fins e benefícios que as medidas alternativas proporcionam para a própria comunidade (como, por exemplo, a de que a redução de reincidência gera menor criminalidade).

Assim, trata-se de problema da política penitenciária de medidas alternativas, visto que a falta de informações fornecidas pelas entidades formais de controle gera preconceitos da comunidade sobre os indivíduos que estão com as melhores condições de ressocialização dentre os que cumprem sanções penais (aqueles que estão cumprindo medidas alternativas à pena privativa de liberdade).

Tal falta de conhecimento causa uma falsa sensação de impunidade na comunidade, o que reforça o etiquetamento causado pela instância informal de controle social nos moldes

apresentados acima. Também gera uma percepção equivocada no indivíduo sujeito à medida alternativa de que não se trata de sanção penal. Há, inclusive, uma falta de conhecimento de que ele é o principal interessado em cumprir as medidas impostas, pois o não cumprimento pode sujeitá-lo à medida restritiva de liberdade. Assim, a falta de campanhas de esclarecimento da realidade social gera prejuízos para a eficácia da política de medidas alternativas.

Dessa forma, a fiscalização realizada para a verificação do cumprimento da medida de recolhimento domiciliar noturno, aliada à falta de informações acerca das efetividades das medidas alternativas, afasta a sociedade civil de seu papel reintegrador (reconhecido, no âmbito da União, como essencial à efetividade das políticas penitenciárias de medidas alternativas), o que se torna um problema para a efetividade das medidas alternativas.

Outrossim, no que tange à estrutura organizacional do Governo do Distrito Federal, há deficiências de comunicação que merecem ser apresentadas.

Verificamos, no âmbito do Distrito Federal, que não há Comunicação Organizacional Integrada internamente na Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Distrito Federal, bem como entre as suas Subsecretarias e nem entre essas e a própria Secretaria.

Para entendermos os problemas que decorrem disso, necessitamos, primeiramente, entender do que se trata a Comunicação Organizacional Integrada.

A comunicação integrada consiste em “[...] uma filosofia

que direciona a convergência das diversas áreas, permitindo uma atuação sinérgica. [...] esta deve constituir uma unidade harmoniosa, apesar das diferenças e das peculiaridades de cada área e das respectivas subáreas.” (KUNSCH, 2003, p. 150). A principal vantagem de se ter uma comunicação integrada em um órgão é que isto possibilita a execução de ações estratégicas voltadas à eficácia (KUNSCH, 2003, p. 150).

Ao realizarmos a pesquisa de campo na Secretaria e nas Subsecretarias relacionadas diretamente ao cumprimento das políticas penitenciárias, verificamos uma ausência de conhecimento das ações que estão sendo realizadas pelos outros setores organizacionais, das diretrizes que estão sendo tomadas e formadas bem como a falta de conhecimento geral acerca de quais são as políticas penitenciárias atuantes no Distrito Federal.

Constatamos que isso constitui um problema na comunicação administrativa do órgão, isto é, uma deficiência no “[...] intercâmbio de informações dentro de uma empresa ou repartição, tendo em vista sua maior eficiência e o melhor atendimento ao público” (ANDRADE apud KUNSCH, 2003, p. 153).

Esta situação decorre das chamadas barreiras administrativas ou burocráticas. Essas barreiras, por sua vez, “[...] decorrem das formas como as organizações atuam e processam suas informações” (KUNSCH, 2003, p. 75). No caso da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social e suas Subsecretarias,

as barreiras administrativas advêm da rigidez da separação de atribuições.

Assim, a existência de barreira burocrática nos órgãos analisados interfere diretamente na eficácia da política penitenciária distrital. Note-se, por exemplo, que a SESIPE pode aplicar uma política que afete diretamente o modo como o treinamento e a capacitação dos agentes penitenciários deve ser realizado (competência da Subsecretaria de Planejamento e Capacitação – SUSPLAC), assim como a Subsecretaria de Programas Comunitários – SUPROC pode adotar uma política que deva afetar diretamente as operações policiais (competência da Subsecretaria de Integração e Operações de Segurança Pública – SIOSP).

Como não há uma integração comunicativa entre as Subsecretarias, tanto entre si como entre elas e a Secretaria de Estado a que estão vinculadas, não há uma uniformidade na atuação desses órgãos em relação ao objetivo geral de gerenciar as políticas penitenciárias locais. Dessa forma, cada Subsecretaria está atuando autonomamente e sem direcionamento harmônico para a eficácia do sistema penitenciário.

Haja vista os problemas de comunicação que existem na estrutura organizacional do Poder Executivo distrital, partimos, agora, para a análise das políticas penitenciárias aplicadas no Distrito Federal.

O Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal trata das medidas alternativas à prisão em sua meta de

número dez. A atualização realizada no Plano, no ano de 2010, nada mais foi do que um mecanismo para elidir o fato de que o Poder Executivo distrital não atuou no sentido de aprimorar a política penitenciária de medidas alternativas à prisão.

Primeiramente, cumpre observar que a Ação nº 1 da Meta número dez do Plano Diretor, elaborado em 2007, dispõe “[...] provocar os seguimentos competentes no sentido de ampliar a Cepema” (DISTRITO FEDERAL, 2010). Percebe-se que não se trata de ação que possa ser cumprida pelo Distrito Federal, visto que o art. 22, XVII, da Constituição da República, define que à União compete privativamente legislar acerca da organização judiciária do Distrito Federal. Porém, ao se levar em consideração que a Ação nº 1 visa, na verdade, fomentar as atividades do Poder Judiciário, existe, então, a possibilidade de o Distrito Federal legislar de maneira complementar à legislação federal em matéria penitenciária (art. 24, I, da Constituição Federal). Dessa forma, poderiam ser implementadas, por lei, formas de adequar a prestação jurisdicional à realidade social do Distrito Federal.

A Ação nº 2 do Plano Diretor determina a “realização de um Seminário sobre Penas Alternativas”. Essa é a ação mais importante no que se refere à política de medidas alternativas prevista no Plano Diretor, pois se trata de um mecanismo de esclarecimento das instâncias de controle social sobre a importância das alternativas penais. Embora não seja suficiente para garantir a efetividade das medidas alternativas, constitui

um passo importante para o caminho da integração da política penitenciária à sociedade.

Ao se observar os supostos cumprimentos dispostos na atualização do Plano Diretor, em 2010, nota-se que eles não foram realizados pelo Distrito Federal, ou seja, não foram alcançadas as ações da meta de número dez.

O suposto êxito da Ação nº 1 foi realizado pela União. Tal conquista, conforme previsto na atualização, decorre da promulgação da Lei Federal nº 11.697, de 2008 (lei de organização judiciária do Distrito Federal), o que demonstra a falta de preocupação com o fomento da política penitenciária local. Sendo assim, não poderia ter sido considerada como meta alcançada pelo Governo do Distrito Federal, porque não houve ação distrital no sentido de, dentro das suas competências constitucionais, fomentar a atividade jurisdicional ou adequá-las à realidade social local.

Ademais, a Ação nº 2 também não foi cumprida. A explicação dada para justificar o *status* de “alcançada” expressa campanha realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (órgão do Poder Judiciário), além de indicar a realização do Congresso Nacional de Execução de Penas e Medidas Alternativas – VI Conepa, que foi fruto de uma realização conjunta do Ministério da Justiça e da Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, do Governo do Estado da Bahia (SALVADOR..., 2010), não se tratando de ação ou gestão do Governo do Distrito Federal para o alcance da meta.

Verifica-se, assim, que nenhum projeto de seminário objetivando a discussão, conscientização ou divulgação das alternativas penais foi realizado no Distrito Federal. A atualização do *status* da Ação nº 2 para “alcançada” foi fundamentada em campanha realizada pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Seminário realizado sem o apoio distrital na cidade de Salvador – Bahia.

Dessa forma, além de verificarmos que não foram cumpridas nenhuma das ações previstas pelo Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal, constatamos que a atualização para “alcançada” do *status* de toda a Meta de número dez do Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal trata-se de manobra para ocultar a omissão do Distrito Federal em agir para a melhoria da eficiência das medidas alternativas à prisão.

Assim, não há uma política penitenciária de medidas alternativas propriamente distrital, sendo importante, então, analisar a política federal para as medidas alternativas à prisão.

O documento *Política de alternativas penais: a concepção de uma política de segurança pública e de justiça* apresenta um guia acerca da atuação do Distrito Federal no tocante à política penitenciária de medidas alternativas. Esse documento apresenta quatorze atribuições para os Estados e Distrito Federal. Destas, vislumbramos o cumprimento de apenas duas, que são: “i) implementar estruturas adequadas ao funcionamento dos serviços de acompanhamento, fiscalização e monitoramento das alternativas penais” (BRASIL, [2011?]), que é a estrutura da

SESIPE e “l) os serviços do Poder Executivo e do sistema de justiça criminal devem coexistir, de modo a que não ocorra sobreposição de atribuições [...]” (BRASIL, [2011?]), que se refere à atuação da SESIPE na fiscalização do cumprimento das penas privativas de liberdade em regime aberto. Porém, não observamos ações no sentido de cumprir as outras atribuições.

Há, contudo, atribuições previstas no documento que foram realizadas pelo Poder Judiciário do Distrito Federal, como, por exemplo, o fomento a projetos de mediação (alínea “d” do item 4.2 do documento).

Por sua vez, a medida 3 do Plano nacional de política criminal e penitenciária fundamenta-se na ideia de que “[...] a presença no sistema carcerário de pessoas que poderiam cumprir sanções alternativas agrava problemas de superlotação e impede a concentração de esforços no combate aos crimes de maior gravidade pelo sistema prisional” (BRASIL, 2011). Essa ideia é a base de toda a diretriz política de medidas alternativas federal e, nesse sentido, verificamos compatibilidade entre os ideais da política penitenciária de medidas alternativas nacional e as ações tomadas no âmbito local.

A ideia fundamental (redução de presos com o mínimo de gastos) da diretriz federal reforça a tese da crise fiscal (relação de custo-benefício, haja vista a incapacidade financeira do Estado para custear a execução penal).

Porém, como demonstra o veto ao Projeto de Lei nº 175, de 2007, nº 1.288/07 na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2010),

estão sendo considerados pelo Poder Executivo apenas os custos, ou seja, não está sendo levado em conta os benefícios das medidas alternativas. Se a implementação de uma medida alternativa, em um primeiro momento, exige o gasto considerável de verbas, os efeitos positivos advindos dessa medida (redução da reincidência, diminuição dos efeitos negativos produzidos pela privação de liberdade, entre outros) são, em tese, capazes de reduzir a médio ou longo prazo os gastos com o sistema penitenciário.

Por outro lado, o intuito federal de esvaziamento das penitenciárias por meio da aplicação de medidas alternativas, na verdade, reforça o instituto da prisão e, conseqüentemente, o controle social. Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos:

A concentração dos substitutivos penais em crimes de *menor gravidade* parece revigorar a instituição da prisão em duas direções principais: a) a prisão como *ultima ratio* para os chamados “casos mais duros”, ou seja, o sistema de controle social *ampliado* (mais pessoas controladas) e *diversificado* (maior quantidade de instituições de controle) é reforçado pela possibilidade de *reconversão* dos substitutivos penais em futuros *reencarceramentos*; b) a prisão como instituição indispensável à *eficácia* dos substitutivos penais, estratégias e métodos que controlam, de forma mais *intensa* e mais *generalizada*, a população marginalizada do mercado de trabalho e do consumo social.

Por isso, os *substitutivos penais* não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são instituições *tentaculares* cuja eficácia *depende* da existência *revigorada* da prisão, o *centro nevrálgico* que estende o *poder de controle*

sobre as massas miserabilizadas do capitalismo neoliberal contemporâneo, com possibilidades de novos *reencarceramentos* se a expectativa comportamental em relação aos *controlados* não confirmar o prognóstico dos *controladores* do sistema penal. O aparelho carcerário, instituição *central* de controle social nas sociedades contemporâneas, responsável pela *gênese* e *reprodução* histórica do capitalismo como relação social dominante nas sociedades ocidentais, permite *explicar* os substitutivos penais como mecanismos de *reforço* da prisão e de *legitimação* do rigor carcerário, porque cede aos substitutivos penais as finalidades chamadas terapêuticas ou pedagógicas da pena, mas preserva-se como *instrumento de terror* para os “casos mais duros”, encarcerados em instituições de segurança máxima do sistema penal (SANTOS, 2010, p. 569, grifo do autor).

Corroborando essa tese, o *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária* afirma, no detalhamento da medida de nº 3, que “[...] a presença no sistema carcerário de pessoas que poderiam cumprir sanções alternativas agrava problemas de superlotação e impede a concentração de esforços no combate aos crimes de maior gravidade pelo sistema prisional” (BRASIL, [2011?]).

As medidas alternativas à prisão, quando aplicadas mediante uma política comprometida com as metas de redução dos males advindos do sistema carcerário e com a função de ressocialização do indivíduo submetido a uma sanção penal, se tornam meios eficazes para a redução da criminalidade e, conseqüentemente, para o esvaziamento das penitenciárias e redução de gastos públicos na manutenção do sistema de execução penal.

Percebe-se que os valores estão invertidos, quando analisam-

-se as políticas penitenciárias aplicadas no Distrito Federal. Essa inversão de valores é prejudicial, pois não permite o atingimento das metas precípua das medidas alternativas. Segundo Augusto Alvino de Sá, o que deve ocorrer é o contrário: o autor afirma que os pressupostos lógicos do sistema de execução penal é que devem ser invertidos para permitir a inclusão social. Nas palavras do autor:

[...] Implica uma inversão de hierarquias e subordinações. Sim, porque, no pico de todos os valores ou de todas as metas, como meta final, que deve dar sentido a todo o resto, está a inclusão social dos que se envolvem em crimes, ou, em outros termos, em comportamentos socialmente problemáticos. Diante desse pressuposto básico, algumas inversões lógicas devem ser postuladas, tais como as que seguem:

- a) A segurança no presídio deve subordinar-se à individualização. Não é a segurança que deve ser garantia para a individualização, mas a individualização é que deve ser garantia para a segurança.
- b) Não é a ressocialização (entendida como a adequação social da conduta do indivíduo punido) que deve ser um pressuposto para a inclusão social (reintegração social), mas a inclusão social é que deve ser um pressuposto para a ressocialização.
- c) As penas tidas como alternativas devem ter prioridade sobre a pena de prisão, pelo que esta se converteria em alternativa, para os casos de real necessidade.
- d) Não é a meta de inclusão social que deve subordinar-se ao tipo e *quantum* de punição, mas é o tipo e *quantum* que deve subordinar-se à meta de inclusão social e tê-la como pressuposto (SÁ, 2011, p. 227-228).

Portanto, a prevalência da função de esvaziamento das penitenciárias sobre a função de ressocialização na política

penitenciária federal e distrital é um problema que afeta diretamente a efetividade das medidas alternativas à prisão.

Os dados oficiais de estatísticas, por sua vez, possuem a função de informar uma determinada realidade social em um espaço de tempo determinado. Os dados oficiais de criminalidade demonstram a situação de uma certa região quanto à quantidade de delitos praticados em uma faixa temporal demarcada.

A transparência dos dados oficiais estatísticos, também, apresenta-se como mecanismo de avaliação da efetividade de uma política que está sendo aplicada ou como meio de fundamentar a aplicação de política definida.

Entretanto, os dados oficiais sobre a criminalidade também fortalecem o controle social. A mídia é instância informal de controle social, pois, de acordo com Brittos,

Vive-se em um mundo de significados. A interpretação que o ser humano faz da realidade (no sentido de mundo exterior à mente humana) é sempre mediada pela cultura. Se considerarmos a cultura de um dado grupo como os “significados compartilhados” pelos membros deste grupo, de acordo com as concepções de Hall e Geertz, depreendemos que a noção de realidade de cada indivíduo é social e culturalmente construída, estando vinculada à significação atribuída a esta realidade pelo grupo ou sociedade em cujo contexto este indivíduo se insere. Os significados culturais organizam e regulam as práticas sociais, influenciam a conduta dos sujeitos em um grupo social e, assim, têm efeitos práticos e reais. [...] A produção de sentido/significado é também a produção de cultura, que permeia todas as instâncias de produção, consumo e controle social em

qualquer sociedade, simples ou complexa, exprimindo também a produção/reprodução de uma relação de poder, na medida em que atribuir significados implica em “definir a realidade”. [...] Na nossa sociedade, o poder de definição da realidade presente no ato de enunciação está em grande parte localizado no discurso da mídia, de um modo mais sutil e simbólico no discurso publicitário e de um modo mais explícito no chamado discurso jornalístico. O discurso jornalístico tem características que fazem dele uma das maiores fontes de definição de realidade em nossa sociedade (BRITTOS, 2006).

Desta forma, as estatísticas oficiais de criminalidade no Distrito Federal deixaram de ser mecanismos de controle da eficiência das políticas estatais e passaram a ser um método de alimentar as mídias para que elas divulguem os “perigos de viver em sociedade”, o que causa uma resposta social de intensificação do terror, tornando-se, assim, um meio eficaz de controle social.

O tema Segurança Pública é recorrente nos discursos político-eleitorais, visto que a política de Segurança Pública é um ponto nevrálgico quando se trata de proposta eleitoral, ou seja, “[...] promessas de melhoria na segurança pública aliadas a garantias de benefícios para categorias policiais são uma fórmula valiosa para angariar votos” (MADER, 2013). Esse tema é explorado, pois existe uma sensação de insegurança que atinge a sociedade, assim, “[...] nos embates políticos tal temática ganha novos e estimulantes elementos e em ‘momentos eleitorais’ é sempre realimentada a idéia de que, como a polícia, a política também se alimenta do tema de insegurança e de violência” (BARREIRA, 2004).

Portanto, é comum a utilização de estatísticas de criminalidade para reforçar a sensação de insegurança (real ou fictícia) que está presente na sociedade, o que favorece discursos político-eleitoreiros.

Analisando os dados colhidos ao longo da pesquisa, a observação empírica das estruturas governamentais, a importância dos discursos político-eleitoreiros de Segurança Pública, o Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal e os objetivos estabelecidos nas diretrizes nacionais de política penitenciária de medidas alternativas, percebemos um interesse implícito na política penitenciária distrital.

Para visualizarmos esse interesse devemos analisar os silêncios. Para tanto, seguimos Eni Orlandi (2007, p. 12), que defende que “[...] o estudo do silenciamento (que já não é silêncio mas ‘por em silêncio’) nos mostra que há um processo de produção de sentidos silenciados que nos faz entender uma dimensão do não-dito absolutamente distinta da que se tem estudado sob a rubrica do implícito”.

O objetivo da política penitenciária de medidas alternativas da União é a redução da população carcerária com o mínimo de gastos possíveis, entretanto, a política distrital sobre o tema, como demonstrado, não possui interesse algum em melhorias para o sistema de medidas alternativas e utiliza, inclusive, artifícios para demonstrar que teria atuado e concluído todas as metas para as alternativas penais.

Agora, qual o motivo para a omissão distrital? Pode-se afirmar que o Distrito Federal não possui interesse na mudança do sistema de alternativas penais, ou que o ente federativo visa deixar a União cuidar das políticas penitenciárias, mas, levando em consideração que os índices de criminalidade são fundamentais para o controle social e para os discursos eleitorais, e tendo em conta a atividade comissiva de esconder a omissão distrital ao atualizar, em 2010, o Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal, pode-se afirmar, também, que o Distrito Federal busca a manutenção do *status quo* da execução penal, o que significa o aumento da população carcerária e a manutenção (ou aumento) das taxas de criminalidade.

Quem se beneficia com a falta de investimentos na execução penal? A quantidade de comportamentos socialmente problemáticos tende a aumentar, os malefícios do sistema carcerário atingirão maior quantidade de indivíduos, o que, conseqüentemente, aumentará os casos de reincidência. Logo, a sociedade não se beneficiará. Com isso, os discursos político-eleitorais de Segurança Pública se fortalecem nas campanhas eleitorais e ocorre um reforço no controle social decorrente da sensação de insegurança. Esse reforço favorece discursos de “tolerância zero”,¹ que são manifestações com alto índice de

¹ A política “Tolerância Zero” ficou conhecida após a sua implementação na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, e tem por base a utilização da polícia para reprimir qualquer tipo de comportamento problemático, principalmente os comportamentos problemáticos de baixa lesividade.

apoio social, principalmente das elites e da classe média, o que beneficia, novamente, os discursos político-eleitorais.

Portanto, a contradição entre os discursos da vontade de reduzir o número de indivíduos encarcerados, a falta de interesse em dispendar mais recursos para o aprimoramento do sistema de execução penal, a total ausência de ações no sentido de melhorar a efetivação de medidas alternativas à pena privativa de liberdade – aliadas à importância dos discursos de Segurança Pública para fins eleitoreiros – e o aumento do controle social advindo do medo da criminalidade permitem a conclusão de que a política penitenciária do Distrito Federal, no mínimo inconscientemente, não deseja a redução das taxas de criminalidade – podendo-se, até, afirmar que, a julgar pela forma como vem atuando, na verdade, deseja o aumento dessas taxas.

Por fim, verificamos o papel do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios na política penitenciária de medidas alternativas à prisão.

O Ministério Público é uma instituição que, conforme previsto no artigo 127 da Constituição da República (BRASIL, 1988), é responsável pela promoção dos interesses sociais e dos interesses individuais homogêneos. Essa instituição atua judicialmente e extrajudicialmente na execução penal e deve, para garantir a realização do interesse social, atuar com respeito aos direitos e garantias indisponíveis das pessoas submetidas ao sistema penal. Dessa forma,

O mesmo Ministério Público que cuidará de velar, por exemplo, pela observância de requisito temporal para a obtenção de um benefício ao longo da execução penal será o mesmo Ministério Público que, por meio de sua atuação extrajudicial ou mesmo judicial, exigirá instalações dignas àqueles que se encontram sob custódia do Estado. O mesmo Ministério Público que promoverá a perda em juízo de determinado benefício da execução penal, por conta da prática de falta grave no curso da pena será o Ministério Público que velará pela prevenção e repressão severa a práticas de torturas e outros tipos de abuso em desfavor daqueles recolhidos no sistema correicional. A cisão dessa compreensão revela-se inviável e, se divisão há, que seja ela apenas utilizada como melhor instrumento a operacionalizar a atuação complexa dessa instituição, mas sem jamais deixar de ter em vista que se cuida de facetas atreladas a um mesmo caso (SUXBERGER, 2010, p. 190).

Contudo, em pesquisa realizada no período compreendido entre julho e outubro de 2013, verificamos que poucas medidas extrajudiciais foram realizadas pelo Ministério Público no sentido de melhorar a eficácia das medidas alternativas à prisão. Na época, não tivemos notícia de nenhum Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou Recomendação expedido pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios com o fim de cobrar do Poder Executivo distrital mudanças na execução de políticas penitenciárias de medidas alternativas e adequá-las às diretrizes federais sobre o tema. Inclusive, a única ação da qual tivemos notícia da atuação do Ministério Público local foi o início de um procedimento para o acompanhamento da implantação da monitoração eletrônica.

Os institutos da Recomendação e do TAC podem ser eficazes para a melhoria da eficiência das medidas alternativas à prisão, inclusive podendo caracterizar um início das mudanças na forma como o Distrito Federal vem agindo com relação à execução penal.

A Recomendação é um instituto previsto no artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625, de 1993, que afirma que compete ao Ministério Público emitir recomendações, em defesa dos direitos assegurados na Constituição Federal e Estadual (assim como na Lei Orgânica do Distrito Federal), dirigidas aos poderes estaduais ou municipais, órgãos e entidades da Administração Pública, direta ou indireta, estadual, distrital ou municipal, a entidades concessionárias e permissionárias de serviço público estadual, distrital ou municipal, ou a entidades que exerçam outra função delegada do estado, Distrito Federal ou do município ou executem serviço de relevância pública (BRASIL, 1993).

O TAC, por sua vez, trata-se de uma forma extraprocessual de fazer com que um indivíduo (pessoa física ou jurídica) investigado adeque as suas condutas às exigências legais, com a vantagem de constituir um título executivo extrajudicial.

O motivo mais recorrente entre as dificuldades enfrentadas nas promotorias de execução de penas e medidas alternativas, em 2013, foi o volume de trabalho que possuíam. Isso decorre de que, até pouco tempo antes da realização da pesquisa (aproximadamente um ano), existiam apenas três promotorias cuidando de todos os casos de prisão domiciliar, penas substitutivas e medidas

alternativas aplicadas no Distrito Federal. A partir da criação da quarta promotoria, é esperado que o volume de processos a ser analisado diminua. Porém, ainda assim faltaria estrutura ministerial para auxiliar na fiscalização extraprocessual das entidades colaboradoras e para outras fiscalizações eventualmente necessárias.

Por fim, analisando a política penitenciária de medidas alternativas no Distrito Federal, verificamos diversas falhas na estrutura político-governamental distrital bem como na condução da política penitenciária. Também percebemos as dificuldades enfrentadas pelo órgão ministerial responsável pelo tema de alternativas penais. Ademais, notamos que a política penitenciária de medidas alternativas no Distrito Federal não é eficaz, ao menos nos moldes atuais de gerenciamento, necessitando, para tanto, de mudanças drásticas no comprometimento do Poder Executivo local para a melhoria da gestão e da execução das alternativas penais pesquisadas.

3 Conclusão

Claus Roxin (ROXIN apud HAMMERSCHIMIDT, 2012) afirmou que de nada se pode aprender sobre viver em liberdade, sem liberdade. As medidas alternativas à prisão são meios mais eficazes do que a penitenciária para a ressocialização do indivíduo que teve comportamento problemático definido como delito.

A execução da pena deve ser realizada na medida da culpabilidade, ou seja, tendo em vista a individualização da pena.

Sob esta ótica, a individualização do cumprimento da pena deve permitir a melhor observação do condenado, tendo em vista a livre realização de sua personalidade e sua não-dessocialização – evitando-se que a pena, em razão de suas conseqüências danosas, acrescente um *plus* de castigo que ultrapassa a medidas da culpabilidade pelo fato. Para tanto, ao se executarem penas, há que se ter presente que o crime tem suas origens em causas culturais, sociais e psicológicas e que os custos das penas devem ser inferiores às vantagens que proporcionam. Não se pode tampouco perder de vista que o sistema penal seleciona pessoas arbitrariamente – há muitas outras pessoas que fizeram o mesmo que o selecionado e não forma nem serão criminalizadas (BARROS, 2001, p. 212).

Nesse sentido, as medidas alternativas à prisão são as que se amoldam melhor à individualização na execução penal. Cada indivíduo, em tese, terá que cumprir medidas que se adequam às suas necessidades de ressocialização, evitando-se, no processo, os malefícios decorrentes da privação de liberdade.

A política penitenciária no Brasil tem caminhado no sentido de que as medidas alternativas à prisão servem, prioritariamente, para esvaziar os presídios, sem ter qualquer consideração à função da pena. Mas, nas palavras de Roxin,

¿Pero, para qué sirve este castigo?

Su fracaso se puede medir por las alarmantes tasas de reincidencia. La cifra mágica realizada por Bertrand y producida siempre y en cualquier lugar. Tal cifra indica, a lo que parece, que quien no reincide después de la prisión es porque no reincidiría sin ella, de la misma forma que muchos de los que han sufrido una recaída lo hacen solo por haber pasado

por la prisión. Al revés, investigaciones serias y profundas, como noticia la profesora Lola Aniyar, dan cuenta de que en los regímenes abiertos de ejecución de pena las tasas de reincidencia son insignificantes (ROXIN apud HAMMERSCHIMIDT, 2012, p. 103, grifo nosso).

A doutrina tem afirmado que a pena criminal possui função retributiva, preventiva, ou ambas. Porém, no Distrito Federal, verifica-se que a pena tem, prioritariamente, fins eleitoreiros, em que a política escrita possui uma função (a de ressocialização e esvaziamento dos presídios locais) e a prática denota outra (a manutenção, ou até aumento, das taxas de criminalidade).

Ao longo da pesquisa, não verificamos qualquer iniciativa do ente federativo distrital de buscar métodos efetivos de redução da criminalidade ou de redução das taxas de reincidência por meio das medidas alternativas à prisão. O Distrito Federal tem incentivado políticas criminais e penitenciárias de repressão à criminalidade sem desenvolver políticas eficientes de execução das penas alternativas impostas.

Ademais, averiguamos que o Distrito Federal não possui uma política penitenciária de medidas alternativas à prisão, visto que a parte destinada à matéria no Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal foi modificada para o status de “alcançada”, sem que tenha tido qualquer ação para o atingimento de suas metas.

Constatamos, além disso, que o único Poder que tem se empenhado na melhoria da eficiência das medidas alternativas

à prisão no Distrito Federal é o Poder Judiciário, por meio da atuação da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas e, agora, com a recente criação da Vara de Execuções das Penas em Regime Aberto – VEPERA. Esse Poder está atuando de forma positiva dentro de suas capacidades, apesar do volume de processos de que está encarregado, da falta de estrutura e locais para garantir o cumprimento das medidas impostas e da quantidade limitada de entidades conveniadas.

Ao longo da pesquisa, foi possível perceber que, em 2013, o Ministério Público sofria com o volume de processos e com a falta de estrutura para realizar fiscalização das entidades conveniadas, o que demonstrava uma prevalência da atuação processual sobre a extraprocessual. Por esses motivos, ainda não havia utilizado todos os instrumentos a seu dispor para garantir a efetivação e a melhoria das políticas penitenciárias de medidas alternativas no Distrito Federal. Fica como sugestão para investigações futuras a atualização dos dados colhidos perante o Ministério Público para averiguar se o *Parquet* superou as dificuldades que possuía à época em que foi realizada esta pesquisa bem como para constatar as dificuldades enfrentadas atualmente pelo órgão ministerial acerca do tema.

Por fim, concluímos a ineficácia da política penitenciária distrital de medidas alternativas à prisão, que decorre da falta de uma política séria e comprometida com os fins das alternativas penais, uma vez que existe uma ausência de interesse do ente federativo pela melhoria da qualidade, da eficiência, da estrutura

da Execução Penal, bem como pela dignidade das pessoas inseridas no sistema penitenciário distrital e redução das taxas de criminalidade e de reincidência.

Title: Criminological Analysis of the Federal District's Penitentiary Policy for Alternative Measures

Abstract: This research is aimed at making a criminological analysis of the Federal District's penitentiary policy for alternative measures. For this purpose, we used a descriptive analysis of the Federal District's Master Plan for Public Security and of two documents produced by the Ministry of Justice. We also performed a descriptive analysis of eighteen cases randomly selected from the 2nd Attorney's Office for the Imposition of Alternative Penalties and Measures at the Federal District and Territories Public Prosecution's Office – MPDFT. Furthermore, we prepared a questionnaire formulated with closed and open questions for three members of MPDFT who work in the alternative measures area. The research results demonstrate that the Federal District's penitentiary policy of alternative measures for prison is not effective. It also shows the lack of commitment of the Federal District's Executive Power to the effectiveness of the criminal alternatives and the structural weaknesses in the implementation of the penitentiary policies of alternative measures for prison.

Keywords: Penitentiary policy. Criminological analysis. Alternative measures. Criminal execution. Social reaction criminology. Clinical criminology of social inclusion.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARREIRA, César. Em nome da lei e da ordem: propósito da política de segurança pública. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392004000100011&script=sci_arttext>. Acesso em: 3 ago. 2013.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 fev. 1993.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano nacional de política criminal e penitenciária*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B87675D02-AB76-467D-B3D3-7DDB1ADE0D70%7D¶ms=itemID=%7BF2A83957-8ED5-4660-9E22-E2060BA1D7A0%7D;&UIPartUID=%7BE0EA6E2F-2D28-4749-9852-31405415DD85%7D>>. Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Política de alternativas penais: a concepção de uma política de Segurança Pública e de Justiça*. Brasília, DF, [2011?]. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 3 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Relatórios estatísticos-analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&Team=¶ms=itemID={C37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>>. Acesso em: 3 ago. 2015.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 310, de 15 junho de 2010*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm>. Acesso em: 3 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 230.082, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Diário de Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 2 fev. 2012.

BRITTOS, Valério C.; GASTALDO, Édison. Mídia, poder e controle social. *Alceu*, v. 7, n. 13, p. 121-133, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n13_Brittos%20e%20Gastaldo.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2015.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Câmara Legislativa do Distrito Federal. [*Legislação distrital*]. Disponível em: <<http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaLegislacao!consultar.action>>. Acesso em: 3 ago. 2015.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Lei Orgânica do Distrito Federal. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Brasília, DF, 9 jun. 1993.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Secretaria de Estado de Segurança Pública. *Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal*. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D¶ms=itemID=%7B2AC5EC2A-C783-4C72-9B14-65BE75D88371%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 3 ago. 2015.

ELBERT, Carlos Alberto. A Criminologia na pós-modernidade. *Ciências penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 8, n. 14, p. 369-388, jan./jun. 2011.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

HAMMERSCHIMIDT, Denise; GIACOIA, Gilberto. *La cárcel en España, Portugal y Brasil: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas*. Curitiba: Juruá, 2012.

KUNSCH, Margarida Maria Krohling. *Planejamento de relações públicas na comunicação integrada*. 4. ed. São Paulo: Summus, 2003.

MADER, Helena. *Segurança pública nas urnas*. Brasília, DF, 15 out. 2013. Disponível em: <<https://conteudoclippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2013/10/15/a-seguranca-publica-nas-urnas>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

ORLANDI, Eni. *As formas do silêncio: movimento do sentido*. 6. ed. Campinas: Unicamp, 2007.

SÁ, Alvin August de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SALVADOR será sede do VI CONEPA – Congresso Nacional de Execução de Penas e Medidas Alternativas. Salvador, 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8474>>. Acesso em: 3 ago. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2010.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BURNETT, Alexandre Carvalho. Análise criminológica da política penitenciária de medidas alternativas no Distrito Federal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 617-667, 2015. Anual.

Submissão: 10/8/2015

Aceite: 9/9/15

APÊNDICE A – Pesquisa análise criminológica da política penitenciária de medidas alternativas no Distrito Federal
profissão: promotor de justiça

1. Você possui familiaridade com a política nacional de medidas alternativas à prisão?

Sim Não

2. Você possui familiaridade com o Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal?

Sim Não

3. A execução da política penitenciária distrital de medidas alternativas à prisão está adequada às diretrizes nacionais?

Sim Não

Por quê? Prejudicado em face das respostas aos números 1 e 2.

4. A política penitenciária de medidas alternativas à prisão aplicada no Distrito Federal é efetiva?

Sim Não

Por quê? Idem.

5. A política nacional de medidas alternativas à prisão é adequada para a melhoria da efetividade da política penitenciária distrital?

Sim Não

Por quê? Idem.

6. Há cooperação entre o Poder Executivo distrital, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e o Poder Judiciário local quanto à melhoria da efetividade da política de medidas alternativas à prisão? Não. Os sistemas de informação deveriam estar interligados permitindo amplo acesso às informações de interesse comum.

7. O Poder Judiciário tem demonstrado preocupação com a melhoria da política de medidas alternativas à prisão? Principalmente, na medida do significativo aumento da aplicação das penas alternativas.

8. Quais as dificuldades encontradas pelo MPDFT na fiscalização das medidas alternativas à prisão? Intraprocessualmente, apenas o grande número de processos, o que leva a uma certa massificação na análise dos autos.

9. Qual deve ser o papel do MPDFT na fiscalização extraprocessual da política penitenciária local para que esta se adeque às diretrizes nacionais? Talvez, um corpo técnico para fiscalização às entidades conveniadas à Vepema, mas que agissem em cooperação com a psicossocial, *Parquet* e a vara e evitando a sobreposição de órgãos.

10. O MPDFT tomou alguma providência (e.g. Recomendação, TAC) para o aprimoramento das medidas alternativas à prisão?

Que eu saiba não. Está em fase inicial um procedimento para fiscalizar a implementação das tornozeleiras eletrônicas.

11. Deseja formular alguma sugestão acerca da política penitenciária de medidas alternativas à prisão no Distrito Federal?

Ainda não tenho uma visão muito clara sobre a matéria, pois estou há pouco tempo nessa área – cinco meses.

APÊNDICE B - Pesquisa análise criminológica da política penitenciária de medidas alternativas no Distrito Federal -
Profissão: Promotor de Justiça

1. Você possui familiaridade com a política nacional de medidas alternativas à prisão?

Sim Não

2. Você possui familiaridade com o Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal?

Sim Não

3. A execução da política penitenciária distrital de medidas alternativas à prisão está adequada às diretrizes nacionais?

Sim Não

Por quê?

Falta política para criação de postos de trabalho alternativos; faltam cursos profissionalizantes e amparo ao sentenciado; falta projeto ligado ao tratamento e prevenção ao uso de drogas.

4. A política penitenciária de medidas alternativas à prisão aplicada no Distrito Federal é efetiva?

() Sim (X) Não

Por quê?

Falta controle efetivo.

5. A política nacional de medidas alternativas à prisão é adequada para a melhoria da efetividade da política penitenciária distrital?

() Sim (X) Não

Por quê?

É adequada para esvaziar os presídios, pois essa é a única política. Seria realmente adequada se houvesse uma política penitenciária séria.

6. Há cooperação entre o Poder Executivo distrital, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e o Poder Judiciário local quanto à melhoria da efetividade da política de

7. O Poder Judiciário tem demonstrado preocupação com a melhoria da política de medidas alternativas à prisão?

No que depende do poder judiciário, sim. haja vista a quantidade de juizados especiais instaurados.

8. Quais as dificuldades encontradas pelo MPDFT na fiscalização das medidas alternativas à prisão? Volume de trabalho no gabinete e falta de um setor especializado de apoio às fiscalizações.

9. Qual deve ser o papel do MPDFT na fiscalização extraprocessual da política penitenciária local para que esta se adeque às diretrizes nacionais?

Fazer visitas regulares às entidades para constatar a presença do prestador de serviços e a aplicação de pena pecuniária.

10. O MPDFT tomou alguma providência (e.g. Recomendação, TAC) para o aprimoramento das medidas alternativas à prisão?

Sim. como a criação da central de medidas alternativas, formalização de convênios com entidades públicas e privadas.

11. Deseja formular alguma sugestão acerca da política penitenciária de medidas alternativas à prisão no Distrito Federal?

Criação de um cadastro único de entidades parceiras e de uma agência de controle externo.

APÊNDICE C - Pesquisa: análise criminológica da política penitenciária de medidas alternativas no Distrito Federal -
Profissão: Promotor de Justiça

1. Você possui familiaridade com a política nacional de medidas alternativas à prisão?

Sim Não

2. Você possui familiaridade com o Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal?

Sim Não

3. A execução da política penitenciária distrital de medidas alternativas à prisão está adequada às diretrizes nacionais?

Sim Não

Por quê?

4. A política penitenciária de medidas alternativas à prisão aplicada no Distrito Federal é efetiva?

Sim Não

Por quê?

A Vepema possui intenso trabalho para cadastrar instituições para receber as penas (p. pec. e psc), esclarecimento de seus responsáveis, bem como acompanhamento dos sentenciados.

5. A política nacional de medidas alternativas à prisão é adequada para a melhoria da efetividade da política penitenciária distrital?

() Sim () Não

Por quê?

6. Há cooperação entre o Poder Executivo distrital, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e o Poder Judiciário local quanto à melhoria da efetividade da política de medidas alternativas à prisão? Infelizmente, muito pouca, contudo, a atuação conjunta seria relevante para atingir as finalidades da pena e a recuperação/ressocialização do indivíduo.

7. O Poder Judiciário tem demonstrado preocupação com a melhoria da política de medidas alternativas à prisão? No caso da Vepema, conforme alegado, há busca constante de melhoria dos resultados.

8. Quais as dificuldades encontradas pelo MPDFT na fiscalização das medidas alternativas à prisão? Apesar das medidas alternativas serem adotadas em benefício do sentenciado, há “enorme desinteresse” dos apenados no cumprimento das obrigações impostas. Uma grande campanha de esclarecimento talvez permitisse maior engajamento dos condenados.

9. Qual deve ser o papel do MPDFT na fiscalização extraprocessual da política penitenciária local para que esta se adeque às diretrizes nacionais?

10. O MPDFT tomou alguma providência (e.g. Recomendação, TAC) para o aprimoramento das medidas alternativas à prisão?

Existe em tramitação nas Pepema's, procedimento para acompanhar as medidas em curso para adoção do monitoramento eletrônico dos presos.

11. Deseja formular alguma sugestão acerca da política penitenciária de medidas alternativas à prisão no Distrito Federal?

Monitoramento eletrônico em substituição à segregação, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça contra a pessoa (ainda não há previsão legal).

Normas Editoriais para os Autores

A Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios destina-se à publicação de artigos jurídicos ou matérias correlatas, com a finalidade de incrementar os estudos de temas relevantes para a área de atuação do Ministério Público. Os artigos publicados serão prioritariamente de autoria de membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, mas serão admitidos também trabalhos dos servidores desta instituição e de outros colaboradores externos desde que o Conselho Editorial entenda ser o tema abordado pertinente.

Os trabalhos originais inéditos para publicação na *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, versão impressa ISSN 1518-0891 e versão eletrônica ISSN 2237-9770, periodicidade anual, devem ser encaminhados para o seguinte endereço eletrônico: *conedit@mpdft.mp.br*. Após o recebimento, o Conselho Editorial enviará o aviso de recebido ao autor.

Os textos encaminhados para publicação não podem ter sido publicados nem estar pendentes de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.

O Conselho Editorial ficará à disposição dos autores para dirimir possíveis dúvidas sobre o andamento do processo de análise/avaliação dos textos enviados, por meio do endereço eletrônico: *conedit@mpdt.mp.br*.

Os artigos serão submetidos à apreciação do Conselho Editorial da Revista pelo sistema *blind peer review*/revisão cega

por pares. O referido sistema de avaliação garante o anonimato dos autores, pareceristas e demais responsáveis pelo processo de avaliação.

A Revista adota as normas de informação e documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e o Manual de Apresentação Tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

O Conselho Editorial poderá aceitar ou vetar qualquer original recebido que não estiver de acordo com as normas editoriais da Revista. Assim como propor e/ou efetuar eventuais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical para adequação dos textos, respeitando, porém, o estilo dos autores. O material recebido e não publicado, bem como as provas finais, não será devolvido aos autores.

Os autores dos artigos aprovados devem encaminhar ao Conselho Editorial o formulário *Termo Geral de Autorização para Depósito e Publicação na Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* impresso ou digitalizado, devidamente preenchido e assinado. Esse documento será válido por todo o prazo de direitos patrimoniais de autor, previsto na Lei Autoral Brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. Não serão devidos direitos autorais ou prestada qualquer remuneração pela licença de publicação dos trabalhos na Revista. O autor cujo trabalho tenha sido publicado receberá 1 (um) exemplar da Revista.

Os artigos publicados na *Revista do Ministério Público*

do Distrito Federal e Territórios poderão ser republicados, total ou parcialmente, por outra publicação periódica, citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da *fonte* de publicação original.

Recomenda-se a utilização de processador de texto *Microsoft Word*. Caso seja utilizado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (que permite leitura em todos os processadores de texto).

O tamanho do papel deve ser A4, com margens de 3 cm do lado esquerdo e superior, e 2 cm do lado direito e inferior. Os artigos devem ter entre 15 e 30 páginas.

Caso a publicação tenha ilustrações (gráfico, desenho, gravura e/ou imagem), devem ser enviadas em preto e branco.

As tabelas devem ser apresentadas conforme o “Manual de Apresentação Tabular” do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os realces das linhas ou colunas devem ser em escala de cinza.

Os textos devem ser redigidos em fonte *Times New Roman*, tamanho 12, espaçamento entrelinhas de 1,5. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo especial de 1 (um) cm na primeira linha; sem espaçamentos antes ou depois. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso do *itálico*, sem utilização do negrito ou sublinhado. As expressões em língua estrangeira devem ser destacadas com o uso do *itálico*.

Para fins de avaliação por meio do método *blind peer review*/revisão cega por pares, os trabalhos originais não poderão conter identificação do autor. Dessa forma, os artigos devem ser precedidos por uma folha de rosto em que se fará constar: título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos (doutorado, mestrado e/ou especialização) e instituição à qual pertença e o cargo ocupado. As informações contidas na folha de rosto são de responsabilidade exclusiva do autor.

Os artigos devem ser apresentados de forma completa, contendo: 1. *Elementos pré-textuais*: a) título e subtítulo (se houver) em português; b) resumo informativo em português (de 100 a 250 palavras); c) relação de palavras-chave em português - no máximo 7 (sete); d) sumário. 2. *Elementos textuais*: a) introdução; b) desenvolvimento; c) conclusão. 3. *Elementos pós-textuais*: a) título e subtítulo (se houver) em inglês; b) resumo informativo em inglês - abstract; c) relação de palavras-chave em inglês - *keywords*; d) referências; e) anexos (se houver), conforme a ABNT NBR 6022/2003.

O sumário que precede o texto do artigo deve ser numerado com as divisões do texto, que devem ser feitas em algarismos arábicos (conforme a norma da ABNT NBR 6024/2012), e cada divisão será separada da outra por ponto e espaço. Introdução e referências não devem ser numeradas.

As referências devem ser feitas de acordo com a ABNT NBR 6023/2002, apresentadas ao final do texto, organizadas

em ordem alfabética e alinhadas à esquerda. Devem constar nas referências apenas as obras que foram consultadas e têm parte transcrita no texto. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto são de responsabilidade do autor.

As citações devem seguir as normas da ABNT NBR 10520/2002. Citações diretas com mais de mais de três linhas devem constituir um parágrafo com alinhamento justificado, espaçamento entrelinhas simples, fonte tamanho 10, recuo de 4 cm da margem esquerda e sem aspas. As citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los com realce *itálico* indicando esta alteração com a expressão “grifo nosso” ou “grifo do autor”. As citações devem ser indicadas no texto pelo sistema de chamada autor-data. As expressões em língua estrangeira devem ser padronizadas, destacando-se em *itálico*.

As notas de rodapé devem seguir a norma da ABNT NBR 10520/2002. Devem ser apenas do tipo “notas explicativas”, usadas para comentários, esclarecimentos ou explanações que não possam ser incluídos no texto ou em casos em que sua inserção no texto cause uma interrupção muito grande na leitura. Não devem ser inseridas referências bibliográficas em notas de rodapé.

Os artigos devem atender a todas as Normas Editoriais de publicação. O Conselho Editorial não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como: inserção de sumário,

resumo, palavras-chave (em português ou inglês), referências, que ficam sob a responsabilidade do(s) autor(es).

Os textos devem ser desenvolvidos em linguagem adequada a uma publicação técnico-científica e a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do *Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa*, a partir de 1º de janeiro de 2009. As citações de obras publicadas antes do Acordo devem respeitar a ortografia original.

As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

