

ISSN 1518-0891

Revista

do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios



n. 7 • 2013

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

n. 7 • 2013

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – MPDFT

Eunice Pereira Amorim Carvalho
Procuradora-Geral de Justiça

Zenaide Souto Martins
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

Benis Silva Queiroz Bastos
Corregedora-Geral

Thaís Freire da Costa Flores
Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça

Wagner de Castro Araújo
Chefe de Gabinete Adjunto da Procuradoria-Geral de Justiça

Libanio Alves Rodrigues
Diretor-Geral

CONSELHO SUPERIOR DO MPDFT

Presidente: Eunice Pereira Amorim Carvalho
Procuradora-Geral de Justiça

Vice-Presidente: José Firmo Reis Soub
Procurador de Justiça

Secretária do Conselho: Ana Luisa Rivera
Procuradora de Justiça

Corregedora-Geral: Benis Silva Queiroz Bastos
Procuradora de Justiça

CONSELHEIROS

Zenaide Souto Martins
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

Maria de Lourdes Abreu
Procuradora de Justiça

Carlos Gomes
Procurador de Justiça

Antonio Ezequiel de Araújo Neto
Procurador de Justiça

Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub
Procuradora de Justiça

José Valdenor Queiroz Júnior
Procurador de Justiça

Adauto Arruda de Moraes
Procurador de Justiça

CONSELHEIROS SUPLENTE

Eduardo José Oliveira de Albuquerque
Procurador de Justiça

Tânia Maria Nava Marchewka
Procuradora de Justiça

Petrônio Calmon Filho
Procurador de Justiça

Conceição de Maria Pacheco Brito
Procuradora de Justiça

**REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

n. 7 • 2013

CONSELHO EDITORIAL

Maria Anaides do Vale Siqueira Soub <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 Adjunto</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: n. 7 (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: Maria Anaides do Vale
Siqueira Soub (Procuradora de Justiça)

Assessoria: Ana Carmen Carvalho da Silva

Capa: Camila Gabriela de Araújo Antunes

Diagramação: Aline Meira Mello e Roseane Bezerra
de Lima do Vale

Informática: Paulo Henrique Ferreira L. Ellery

Normalização e formatação (BIB/DIBI/CDI):
Cristiane Vieira da Silva, Dulcineide Camargo

Santos e Érika Carvalho Lemos de Oliveira

Produção Gráfica: Daniel Sidney da Costa Gonti-
jo, Jun Matsuoka Tomikawa

Revisão de português: Adriana Custodio da Silveira
Silva. Colaboração: Samara Botelho Vaz Almeida,
Raquel Agostin Scoralick, Marcella Assis de
Moraes

Revisão de inglês: Roney Ramalho Sereno

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



Prefácio	5
Editorial	9
Brasil Rico, Brasil Pobre: os Efeitos da Corrupção no Desenvolvimento Social do País <i>Meg Gomes Martins de Ávila</i>	15
A Jurisdição Constitucional e a Proteção à Dignidade da Pessoa Humana <i>José Wilson Ferreira Lima</i>	39
Litígio Estratégico de Interesse Público e Ministério Público: Reflexões sobre a Natureza Instrumental da Independência Funcional <i>Dicken William Lemes Silva</i>	73
Motivação das Decisões Judiciais: uma Leitura na Perspectiva do Estado Democrático <i>Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza</i>	109
Um Olhar sobre os Idosos: Estudo sobre as Políticas, Programas e Serviços Públicos para População acima de 60 Anos no Distrito Federal <i>Izís Moraes Lopes dos Reis e Ana Carolina Nunes Renault</i>	135
Afinal, o que São Maus Antecedentes? <i>Ivaldo Lemos Júnior</i>	187
Compensação Automática da Reincidência com a Confissão Espontânea: Ameaça à Concretização do Princípio da Individualização da Pena <i>Ana Cláudia de Souza Valente</i>	221

Dosimetria da Pena do Roubo Circunstanciado: Críticas e Interpretações Possíveis em Torno da Súmula nº 443 do STJ

Roberto da Silva Freitas 255

A Lei Maria da Penha: Conquistas e Desafios para sua Integral Aplicação

Alessandra Campos Morato, Luiza Barros Santoucy e Mayra Cotta..... 281

O Poder de Definição da Tipicidade das Condutas Investigadas: uma Análise dos Papéis Processuais do Ministério Público, do Juiz e da Polícia de Investigação

Thiago André Pierobom de Ávila..... 333

A Reparação de Danos nos Delitos Patrimoniais: a Terceira Via em Sintonia com a Contemporânea Política Criminal

Lucas César Costa Ferreira 369

Normas Editoriais para os Autores 417

Prefácio

O sucesso de uma instituição, seja pública, seja privada, reside em sua capacidade de promover a renovação por meio do conhecimento. E, por mais que, na sociedade da informação, o acesso ao conhecimento tenha se tornado muito fácil, graças à rápida propagação na internet, haverá sempre a necessidade de manter um espaço próprio destinado ao diálogo e à pesquisa fundamentada.

O excesso de informações, uma característica da era digital, nem sempre representa qualidade. Teses, dissertações e artigos são publicados diariamente e em grandes quantidades, tornando ainda mais difícil o desafio de distinguir um trabalho criterioso de tantos outros, cuja procedência chega a ser desconhecida. Por um lado, é gratificante perceber que a produção acadêmico-científica ganha terreno em um país marcado por sérios problemas educacionais. Por outro, permanece o desafio da contínua busca da qualidade. Neste aspecto, as instituições públicas têm o dever de contribuir das mais diversas formas possíveis.

A revista do MPDFT está em sua sétima edição e mantém o firme propósito de reunir os melhores artigos produzidos por seus membros e colaboradores. Mais que um espaço de divulgação, a publicação se consolidou em bases firmes de credibilidade, graças ao rigor na seleção dos textos, no apuro das informações, na aplicação da metodologia, no atendimento às normas da ABNT, entre outros. Mas, principalmente, pela pertinência dos temas propostos.

Essa confiança, adquirida ao longo do tempo, deve ser creditada àqueles que desde o início apostaram na revista do

MPDFT e continuam acreditando até hoje. Deve ser mérito de quem se debruçou sobre livros, em horas intermitentes de estudo, passando noites em claro na busca de elementos que fundamentassem suas ideias, à caça de argumentos sólidos, necessários à produção de conhecimento.

O respeito não vem da noite para o dia. Neste caso, são dezenove anos de caminhada, desde sua fundação, em 1984, pelo excelentíssimo procurador-geral do Distrito Federal e Territórios Dilermando Meireles, também jurista e escritor. A segunda revista data de 1985 e, embora houvesse o desejo de editá-la semestralmente, as dificuldades próprias da produção acadêmica, do processo editorial e as de cunho orçamentário impuseram um recesso de cinco anos.

Em 2000, foi publicada a edição nº 3, mas somente em 2010 a revista renasce, graças ao empenho do promotor de Justiça José Theodoro Corrêa de Carvalho, que assumiu a coordenação editorial. A partir de 2011, a missão de tornar a revista do MPDFT uma revista científica de periodicidade anual foi dada à procuradora de Justiça Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub, que o sucedeu na coordenação editorial. Agora com periodicidade anual, a publicação finalmente alcança a regularidade desejada.

Desde 2010, tenho tido a honra de acompanhar, como procuradora-geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, como leitora e maior incentivadora deste trabalho, as edições de 2011 – que inovou em sua versão eletrônica –, 2012 e, agora, de 2013. Além da regularidade, elemento fundamental à manutenção da confiança do público leitor, é motivo de grande honra perceber que a qualidade das pesquisas,

fruto da dedicação de seus autores e do rigor empreendido pelo Conselho Editorial, segue em movimento ascendente.

Por isso e por tantos outros motivos, é preciso destacar a difícil tarefa de levar adiante um projeto que é relevante não apenas para o MPDFT, o que já seria suficiente, mas que é de inquestionável utilidade para o todo o Ministério Público, para o meio jurídico, para a área acadêmica, estudantes e pesquisadores do direito brasileiro. Essa contribuição é devida ao valoroso trabalho do Conselho Editorial, neste número composto pelas procuradoras de Justiça Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub e Conceição de Maria Pacheco Brito e pelos promotores de Justiça José Theodoro Correa de Carvalho, Wanessa Alpino Bigonha Alvim, Antônio Henrique Graciano Suxberger, Maércia Correia de Mello, Rodolfo Cunha Salles e Dermeval Farias Gomes Filho. A esses bravos apoiadores da ciência e do conhecimento, registro minha gratidão, meu respeito e minha admiração.

Aos leitores, desejo que aproveitem o momento para aprender e compartilhar conhecimento, pois somente assim é possível dar um passo adiante na busca de um Ministério Público mais consciente de seu dever e mais próximo da sociedade.

Eunice Carvalhido
Procuradora-Geral do Distrito Federal e Territórios

Editorial

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios tem a satisfação de apresentar aos leitores a sétima edição do periódico, a qual traz em seu bojo artigos científicos que exploram temas atuais e instigadores de um profícuo debate sócio-jurídico.

O primeiro texto, de autoria de Meg Gomes Martins de Ávila, discute os efeitos da corrupção no desenvolvimento social do Brasil, esclarecendo que, apesar de o país estar entre as cinco maiores economias mundiais, encontra-se na sétima posição no quesito desigualdade social, porque os recursos e verbas públicas são direcionados aos bolsos de agentes públicos, principalmente políticos descompromissados com a coletividade e preocupados com o próprio bem-estar.

Uma importante abordagem do tema referente à jurisdição constitucional e a proteção à dignidade da pessoa humana foi feita por José Wilson Ferreira Lima, na qual expôs que o nosso ordenamento constitucional dispõe de vasto catálogo de princípios e valores, os quais viabilizam e permitem a construção de decisões judiciais que buscam efetivá-los, ressaltando que o Supremo Tribunal Federal decidiu questões importantes enfatizando e reconhecendo este preceito fundamental, adotando-o como uma das premissas integrantes da fundamentação de seus acórdãos.

No artigo “Litígio Estratégico de Interesse Público e Ministério Público”, Dicken William Lemes Silva apresenta reflexões sobre a eficiência da atuação institucional, onde são eleitos casos paradigmáticos apresentados ao Poder Judiciário com o objetivo de alcançar mudanças sociais, através da

transformação da jurisprudência e criação de precedentes, que influenciam as mudanças legislativas e de políticas públicas.

Já Selma L. N. Sauerbronn de Souza examina a importância do princípio da motivação das decisões judiciais na perspectiva do Estado Democrático, levando em consideração a sua relevância para a estrutura do Estado, esclarecendo que se trata de garantia constitucional com a finalidade de impor ao autor da decisão o dever de apontar publicamente as suas razões de decidir e possibilitar o controle dos poderes públicos pela sociedade.

Em “Um Olhar sobre os Idosos: Estudo sobre as Políticas, Programas e Serviços Públicos para População acima de 60 Anos no Distrito Federal”, as autoras Izis Morais Lopes dos Reis e Ana Carolina Nunes Renault apresentam pesquisa que realizaram objetivando mapear as políticas, programas e serviços públicos direcionados à população idosa do Distrito Federal, em que debatem os avanços e os problemas que ocorrem na implementação dessas políticas.

Outro tema interessante foi abordado por Ivaldo Lemos Júnior sob o título “Afim, o que São Maus Antecedentes?”. Em seu texto, revisa a discussão que levou à elaboração da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça e conclui que a matéria não foi pacificada, por não definir claramente quando se caracterizam os maus antecedentes.

Ainda sobre a análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça na seara criminal, Ana Cláudia de Souza Valente questiona se a compensação automática da reincidência com a confissão espontânea não constitui uma ameaça à concretização do princípio da individualização da pena, concluindo que, para ser escolhida a

sanção adequada ao condenado, deve ser analisado acuradamente o caso concreto e suas especificações.

Abordando especificadamente a dosimetria da pena de roubo circunstanciado através de uma análise crítica à Súmula nº 443 do Superior Tribunal de Justiça, Roberto da Silva Freitas expressa a ideia de que, mesmo nas hipóteses em que a exasperação da pena ocorrer no patamar mínimo de 1/3, diante da existência de mais de uma causa de aumento de pena, deverá o magistrado fundamentar concretamente a sentença.

As discussões sobre a Lei Maria da Penha são aprofundadas por Alessandra Campos Morato, Luiza Barros Satoucy e Mayra Cotta. As autoras expõem que a norma ainda enfrenta resistências à sua aplicação integral, seja de caráter institucional ou estrutural, e os dados estatísticos colhidos em pesquisa realizada nos Juizados Especiais Criminais de Ceilândia-DF revelam que as decisões judiciais acerca das medidas protetivas de urgência estão vinculadas ao paradigma repressivo penal tradicional, sendo que as medidas típicas de Direito de Família são pouco utilizadas.

No ensaio “O Poder de Definição da Tipicidade das Condutas Investigadas: uma Análise dos Papéis Processuais do Ministério Público, do Juiz e da Polícia de Investigação”, Thiago André Pierobom de Ávila esclarece que o *Parquet* tem o poder de fiscalizar continuamente a atividade policial visando ao bom exercício da futura ação penal, o que implica o poder de realizar a definição dos fatos, sendo provisória a tipificação penal realizada pela autoridade policial.

Por fim, Lucas César Costa Ferreira investiga os possíveis efeitos da reparação cível nos delitos patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, e a sua aptidão para produzir

o restabelecimento da paz jurídica e a ressocialização do ofensor, sugerindo a necessidade de relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal para que seja a reparação patrimonial entendida como instrumento autônomo de solução dos litígios.

O Conselho Editorial disponibiliza tais obras à comunidade jurídica com a intenção de contribuir para a evolução do pensamento científico e de conduzir a uma prática jurídica que efetivamente distribua uma justiça social pautada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Este repositório pôde ser consolidado graças à idealização e apoio da Exm^a Procuradora-Geral de Justiça, Dr^a Eunice Pereira Amorim Carvalhido, à colaboração dos autores, do Conselho Editorial e de todos os servidores que atuam nas diversas fases de sua edição.

Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub

Coordenadora do Conselho Editorial

Brasil Rico, Brasil Pobre: os Efeitos da Corrupção no Desenvolvimento Social do País

Meg Gomes Martins de Ávila

Técnica do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Psicóloga e professora. Mestre, Bacharel e Licenciada em Psicologia. Bacharelada em Direito.

Resumo: A corrupção pode ser estudada sob diversos prismas, mas esta pesquisa teve por objetivo debater sobre o Brasil como um país rico, mas pobre e desigual, fruto dos efeitos da corrupção que retarda o desenvolvimento social. Não obstante o Brasil estar entre as cinco maiores economias mundiais, está ainda na 7ª posição no quesito desigualdade social. O Brasil é um país rico, mas a pergunta que se faz é por que há tanta pobreza e desigualdade entre o seu povo? Uma das respostas está na corrupção que assola o país e devasta os recursos públicos, desviando-os de suas reais metas voltadas para o bem-estar da população. O Brasil poderia ter menos pessoas na linha da miséria e as desigualdades sociais poderiam ser diminuídas, caso houvesse menos desvio de verbas públicas com a corrupção. Ademais, a corrupção está intimamente ligada com imoralidade, salientando que a moralidade também abrange o administrado, ou seja, o particular, e não apenas o administrador público. Dessa forma, todas as pessoas possuem parcela de participação no desenvolvimento e manutenção da corrupção, e por isso todas devem combatê-la.

Palavras-chaves: Gestão pública. Corrupção. Desenvolvimento social. Desigualdade social. *Accountability*.

Sumário: Introdução. 1 O Fenômeno da Corrupção. 2 Consequências Negativas para o Desenvolvimento Social Oriundas da Corrupção. 3 Possíveis Mudanças para Diminuir a Corrupção e Melhorar o Desenvolvimento Social do Brasil. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

Contrariando estatísticas que apostavam no ano de 2015, o Brasil evoluiu para a 5ª maior economia do mundo em 2011, mas ainda está em 7º lugar em desigualdade social. Um dos fatores que impedem o Brasil de avançar na diminuição do abismo que separa as classes sociais é a corrupção, que desvia recursos públicos e não aprimora o desenvolvimento social brasileiro. Alguns agentes públicos utilizam os recursos públicos em proveito próprio e não para o desenvolvimento do país.

Em 2012, uma reportagem do programa Fantástico¹ da TV Globo mostrou um dos tipos de corrupção que é a propina. Durante dois meses, um repórter do Fantástico trabalhou em uma repartição pública como gestor e constatou um retrato de algumas empresas agindo em órgãos do governo para ganhar dinheiro. O Fantástico pediu ajuda à direção de um hospital de excelência, hospital de pediatria da Universidade Federal do Rio de Janeiro e o repórter assumiu o lugar do gestor de compras da instituição, acompanhou livremente todas as negociações, contratações, compras de serviços, tudo isso para descobrir se existia oferta de propina, pagamento de suborno de um dinheiro que deveria ser sagrado: o da saúde. O que o povo paga em impostos e que deveria ser destinado à saúde, à educação e outros serviços vai parar no bolso de empresários inescrupulosos e funcionários

¹ Fonte: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2012/03/reporter-se-infiltra-e-flagra-corrupcao-em-reparticao-publica.html>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

públicos corruptos. Licitações com cartas marcadas, negociatas, combinações indecorosas de suborno, propinas, truques para escapar da fiscalização assombraram o Brasil em mais um escândalo da corrupção que tira a verba pública em benefício do coletivo para encher os bolsos de uma minoria desonesta (REPÓRTER..., 2012).

A propina é uma das facetas do mal da corrupção, dentre tantos outros casos escandalosos, que “provoca um surto de indignação nos homens de bem” (CABRAL; DINIZ, 2011). O problema é que são tantas as denúncias de corrupção que as pessoas honestas são levadas constantemente a redirecionar sua indignação para outro caso, o que ao fim leva a população a se sentir perdida, desamparada (CABRAL; DINIZ, 2011) e se questionando o que o Brasil poderia fazer se aplicasse todo esse dinheiro roubado em melhorias na sua estrutura social, principalmente nas áreas da saúde, educação e segurança pública.

Diante deste cenário, esta pesquisa debate a ideia de que o Brasil é um país rico, mas pobre e desigual, o que é advindo dos efeitos da corrupção retardando o desenvolvimento social. Especificamente questiona-se sobre as razões pelas quais o Brasil se tornou a 5ª maior potência econômica do país em 2011, mas ainda não consegue diminuir notoriamente a desigualdade e a pobreza resultando em um atraso no desenvolvimento social.

A hipótese relacionada e aqui investigada foi a de que a corrupção é uma grande responsável por esse insucesso no desenvolvimento social do país. O Brasil poderia ter menos

pessoas na linha da miséria e as desigualdades sociais poderiam ser diminuídas, caso houvesse menos desvio de verbas públicas com a corrupção. É o que parece acontecer nos países menos corruptos, nos quais as verbas públicas são melhores aplicadas nas políticas públicas para o desenvolvimento social do país, acarretando em menos problemas com a desigualdade social e minimizando a pobreza.

O objetivo geral desta pesquisa foi debater a correlação desproporcional que existe entre o Brasil ser o 5º país mais rico do mundo, mas o 7º em desigualdade social em virtude da corrupção. Para tanto, traçou-se como objetivos específicos: debater ideias gerais sobre a corrupção; estabelecer as relações entre a corrupção no Brasil e as consequências negativas para o desenvolvimento social e apontar possibilidades de mudanças para diminuir a corrupção que está diretamente relacionada com o baixo desenvolvimento social do Brasil, especificamente a desigualdade e a pobreza.

1 O Fenômeno da Corrupção

Corrupção está intimamente ligada com imoralidade. Segundo o dicionário Aurélio, a corrupção tem denotação de: putrefação, depravação, adulteração, perda da pureza ou integridade, perversão ou deteriorização de princípios morais (FERREIRA, 1999).

A corrupção pode ser estudada sob diversos prismas: psicológico, jurídico, administrativo, sociológico, antropológico, econômico, político, etc. Independente do campo científico de

estudo, Minerbo (2007) salienta duas visões indispensáveis: a) da pessoa que corrompe ou se deixa corromper e; b) do fenômeno social, que é mais do que a somatória das manifestações individuais.

Na esfera pública, a corrupção se institucionaliza quando suborna os fortes e atemoriza os fracos (MINERBO, 2007). Mesmo que, num plano individual, um sujeito considere isso natural, não o é em um plano público, no qual os interesses de todos têm primazia, ainda mais quando os interesses básicos da população não estão sendo respeitados, levando-a à desigualdade e pobreza, por conseguinte, à falta de desenvolvimento social, decorrentes dos desvios de recursos públicos com a corrupção por falta de moralidade dos agentes públicos.

A moralidade exige que a conduta praticada pelo agente público seja pautada de acordo com a ética, com o bom senso, os bons costumes e principalmente com a honestidade. Dessa forma, o administrador público ao atuar não deve decidir apenas entre o que é ou não legal (princípio da legalidade), mas também o que é honesto ou desonesto (princípio da moralidade).

Apesar de ser colocada como importante fenômeno a ser estudado, ainda nos dias atuais é difícil a sua mensuração da corrupção em termos científicos. A ciência busca descrever, explicar, prever e controlar um fenômeno, no entanto, quando se trata de corrupção, por se tratar de atos secretos, ou que se apresentam de forma velada e difícil de ser admitida por quem a pratica, ou ainda pela falta de denúncia, a medida que se tem

é apenas indireta. Abramo (2005) mostra que uma forma de medir a corrupção é pelo Índice de Percepções de Corrupção da *Transparency Internacional (TI)*, baseada em opiniões de pessoas ligadas a corporações transnacionais a respeito do nível de corrupção que elas imaginam vigorarem em um país. Esse Índice, apesar de muito utilizado, é de pouca confiança, pois é baseado em “achismos” enviesados por opiniões de mídia, ou seja, baseado no senso comum. Entretanto, a mensuração da corrupção no país é importante, pois, ainda segundo Abramo (Ibdem), investidores internacionais empregariam tais medidas em seus processos decisórios, sendo que países vistos como mais corruptos seriam menos atraentes pela maior incerteza a respeito da validade dos contratos. “Populações de países pobres são mais provavelmente vulneráveis a pedidos de propina do que as populações de países ricos” (ABRAMO, 2005).

O agente público não abandona completamente o seu mundo privado, por isso é interessante observar a corrupção também através de um olhar psicológico. A pessoa que corrompe pode ser categorizada dentro da estrutura da perversão, no sentido que o perverso é aquela pessoa que sabe que se comporta de maneira inadequada, mas tem prazer em transgredir. A palavra de ordem do perverso é a transgressão e para ele o castigo e a punição tem pouca eficácia. O corrupto tem uma moral particular e vive muito comprometido com essa moral. “Tanto acredita no que diz como se conduz de acordo com suas convicções” (MINERBO, 2007).

O homem carrega sua subjetividade para a esfera pública. Minerbo (2007) sustenta que na corrupção existem simultaneamente duas lógicas: a pública e a privada. A moral de ambas as lógicas é corrompida e em seu lugar institui-se a imoralidade. Assim, a integridade moral seria a recusa, por parte do sujeito, em sustentar simultaneamente duas lógicas contraditórias.

De acordo com Cabral e Diniz (2011), a corrupção ocorre por causa de instituições frágeis, hipertrofia do estado, burocracia e impunidade. Numa comparação, por exemplo, o governo federal emprega 90.000 pessoas em cargos de confiança, enquanto os Estados Unidos, emprega 9.051 e a Grã-Bretanha apenas 300. Dessa forma, servidores trabalham mais para os partidos do que para o povo, prejudicando severamente a eficiência do Estado.

2 Consequências Negativas para o Desenvolvimento Social Oriundas da Corrupção

Nem sempre o fenômeno da corrupção foi estudado com enfoque de seus prejuízos para a sociedade. Antes de 1978:

A maioria dos economistas tendia a considerar que a corrupção era uma ‘graxa’ que lubrifica a economia, uma acidentalidade pouco importante na ordem das coisas e para alguns benéfica para a eficiência econômica. (ABRAMO, 2005).

Foi a partir de 1978, com o estudo de Susan Rose-Ackerman denominado *Corruption: a study in political economy*, que a comunidade científica passou a se atentar para os prejuízos que a corrupção pode trazer para a sociedade (ABRAMO, 2005).

Essa cultura de corrupção tem muito impacto no retardo do desenvolvimento social do país. Não obstante o Brasil estar entre as 5 maiores economias mundiais, está ainda na 7ª posição no quesito desigualdade social. Frei Betto (2011) ressalta que:

[...] na América Latina, a renda é demasiadamente concentrada em mãos de uma minoria da população, os mais ricos. São apontadas como principais causas a falta de acesso da população a serviços básicos, como transporte e saúde; os salários baixos; a estrutura fiscal injusta (os mais pobres pagam, proporcionalmente, mais impostos que os mais ricos); e a precariedade do sistema educacional. (BETTO, 2011).

O Brasil é um país rico, mas a pergunta que se faz é por que há tanta pobreza e desigualdade entre o seu povo? Por que há tanta pobreza em meio à riqueza? Por que há um abismo separando as classes sociais brasileiras? Uma das respostas está na corrupção que assola o país e devasta os recursos públicos, desviando-os de suas reais metas voltadas para o bem-estar da população. Como afirma Barros, Henriques e Mendonça (2000) “a sociedade brasileira não enfrenta problemas de escassez, absoluta ou relativa, de recursos para erradicar o seu atual nível de pobreza”, mas não os aplica de forma correta, e quando há essa tentativa, ocorre o desvio pelas mais variadas formas de corrupção.

Destaca-se que desigualdade é diferente de pobreza. A desigualdade social e a pobreza são problemas sociais que afetam a maioria dos países na atualidade. A pobreza existe em todos os países, pobres ou ricos, mas a desigualdade social é um

fenômeno que ocorre principalmente em países não desenvolvidos (CAMARGO, 2009?).

Barros, Henriques e Mendonça (2000) escreveram que a pobreza:

[...] não pode ser definida de forma única e universal. Contudo, podemos afirmar que se refere a situações de carência em que os indivíduos não conseguem manter um padrão mínimo de vida condizente com as referências socialmente estabelecidas em cada contexto histórico. [...] A noção de linha de pobreza equivale a esta medida. Em última instância, uma linha de pobreza pretende ser o parâmetro que permite a uma sociedade específica considerar como pobres todos aqueles indivíduos que se encontrem abaixo do seu valor. (BARROS; HENRIQUES; MENDONÇA, 2000).

O economista Márcio Pochman afirma que:

E preciso ter crescimento econômico para reduzir os problemas. Mas só crescimento econômico não basta. É preciso crescer com igualdade e inclusão social para melhorar as condições de vida da população. (POCHMAN, [2004?], apud FUTEMA, 2004). A má distribuição de renda e a desigualdade social aumentam o custo para o governo, e se refletem nos índices de violência, na precariedade da educação, saúde e transporte e no desemprego. O resultado é o aumento dos gastos do governo com programas de apoio à população de baixa renda como o Bolsa-Família e o Bolsa-Escola, que nada mais são do que medidas emergenciais e paliativas que não serão sustentáveis no longo prazo. (MAGNANI, 2010).

Segundo Frei Betto (2011):

Hoje, no Brasil, 20% das rendas das famílias provêm de programas de transferência de renda do poder público, como aposentadorias, Bolsa Família e assistência social. Segundo o

IPEA, em 1988 essas transferências representavam 8,1% da renda familiar per capita. De lá para cá, graças aos programas sociais do governo, 21,8 milhões de pessoas deixaram a pobreza extrema. (BETTO, 2011).

Ainda afirma Frei Betto (2011) que:

[...] essa política de transferência de renda tem compensado as perdas sofridas pela população nas décadas de 1980-1990, quando os salários foram deteriorados pela inflação e o desemprego. Em 1978, apenas 8,3% das famílias brasileiras recebiam recursos governamentais. Em 2008, o índice subiu para 58,3%. [...] Para Marcelo Neri, do Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, no Brasil “o Estado joga dinheiro pelo helicóptero. Mas na hora de abrir as portas para os pobres, joga moedas. Na hora de abrir as portas para os ricos, joga notas de cem reais. (BETTO, 2011).

Todavia, salienta-se que o sucesso dessas políticas públicas na área social é afetado pela corrupção. Vera Batista (2011) escreveu que:

[...] nos últimos anos, a economia brasileira avançou e virou referência para as nações ricas em crise, mas a chaga da corrupção ainda insiste em fazer sangrar parcela importante de tudo o que é pago pelo contribuinte. Dados da organização Transparência Internacional e projeções da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) revelam que, no cenário mais otimista, o Brasil responde por 26% de todo o dinheiro movimentado pela corrupção no mundo. Na pior hipótese, esse índice alcança 43%. Enquanto as perdas médias globais anuais com o problema giraram perto dos R\$ 160 bilhões nos últimos seis anos, o prejuízo nacional pode ter chegado a R\$ 70 bilhões por ano — ou 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB). (BATISTA, 2011).

Em países nem tão ricos como o Brasil, segundo o ranking atual dos países mais ricos do mundo, existe menos corrupção e menos desigualdade social. Esse efeito pode ser observado, por exemplo, no Chile.

Cabral e Diniz (2011), em reportagem da revista *Veja*, fizeram um levantamento e constataram que:

[...] a corrupção drena anualmente dos cofres públicos a gigantesca quantia de 85 bilhões de reais, o equivalente a 2,3% de toda a riqueza produzida pelo país. Se fosse usado para fazer investimentos públicos, esse dinheiro resolveria alguns dos mais sérios problemas brasileiros. (CABRAL; DINIZ, 2011).

Com esses 85 bilhões de reais seria possível:

- a) construir 28.000 escolas para 360 alunos cada uma;
- b) custear 34 milhões de diárias de UTIs nos melhores hospitais particulares;
- c) formar 312.000 médicos nas melhores universidades particulares – atualmente formam-se 16.000 por ano;
- d) construir 33.000 unidades de pronto atendimento 24 horas;
- e) pagar 17 milhões de sessões de quimioterapia para tratamento de câncer;
- f) concluir com sobras todas as obras previstas para a Copa do Mundo de 2014 e para a Olimpíada do Rio de Janeiro, em 2016, cujo orçamento conjunto chega a 56 milhões de reais;
- g) reduzir a taxa básica de juros de 11,5% ao ano para 10,3%;

- h) construir 241 quilômetros de metrô;
- i) construir 36.000 quilômetros de estradas;
- j) construir 1,5 milhão de casas populares, suprimindo em 30% o déficit habitacional;
- k) pagar o benefício máximo (242 reais) do programa Bolsa Família para 13 milhões de famílias por mais de dois anos;
- l) erradicar a miséria no Brasil, tirando dessa condição 16 milhões de pessoas – e ainda sobrariam 5 bilhões de reais.

Nos últimos dez anos, a Controladoria-Geral da União fez auditorias em 15.000 contratos da União com estados, municípios e ONGs, tendo encontrado irregularidades em 80% deles. Nesses contratos houve desvios de 7 bilhões de reais, ou seja, a cada 100 reais roubados apenas 1 é descoberto.

3 Possíveis Mudanças para Diminuir a Corrupção e Melhorar o Desenvolvimento Social do Brasil

O custo elevado da corrupção no Brasil prejudica o aumento da renda, o crescimento do país, compromete a possibilidade de oferecer à população melhor qualidade de vida e às empresas um ambiente de negócios mais estável (CABRAL; DINIZ, 2011).

As pessoas vinculam o problema da corrupção a uma visão estatal, em que a correção das delinquências do homem público brasileiro passaria pela mudança da máquina administrativa, e não dos valores e práticas presentes na sociedade. Um sistema de valores é fundamental para motivar ou coibir as práticas de corrupção no interior de uma sociedade. Essas mudanças de

valores básicos da sociedade demandam processos mais lentos de mudança institucional. Dessa forma seria mais interessante pensar a corrupção e sua mudança a nível micro (indivíduo e práticas sociais) do que a nível macro (administração pública) (FILGUEIRAS, 2009).

A moralidade também abrange o administrado, ou seja, o particular, e não apenas o administrador público. Dessa forma, todas as pessoas possuem parcela de participação no desenvolvimento e manutenção da corrupção e por isso todas devem combatê-la. No dia a dia as pessoas têm atitudes que podem ser caracterizadas como corrupção. Por isso, é importante conscientizar a sociedade por meio da educação, principalmente de crianças e adolescentes, que é o incentivo à honestidade e à transparência das atitudes do cidadão, com destaque para seus atos rotineiros, que contribuem para a formação do caráter e a formação de uma cultura de valores e princípios éticos. A construção desses valores é crucial para acabar com a cultura da corrupção no Brasil e embasar a construção de um país mais justo e igual.

E como mudar esse quadro de desigualdade, especificamente a social? Para Magnani (2010):

[...] a redução da pobreza e desigualdade social passa por políticas de desenvolvimento econômico na forma de criação de empregos, e desenvolvimento agrário que beneficie principalmente a grande maioria de pequenos produtores. Para isso, deve haver investimento em educação e qualificação da mão-de-obra e políticas que permitam a alocação de mão-de-obra, como por exemplo, o incentivo às exportações – tanto de produtos industrializados quanto agrários – e legislações fiscais mais justas que reduzam a tributação sobre os empregadores

e salários, com taxação diferenciada para os altos salários e grandes fortunas. Ao permitir isso, o governo estará contribuindo para a independência das famílias que hoje dependem dos seus programas de apoio, e para o desenvolvimento econômico do país, e também poderá ser beneficiado com o aumento da arrecadação de impostos. (MAGNANI, 2010).

Além de mudar o quadro de desigualdade e pobreza com as sugestões apontadas por Magnani (2010), há que se enfrentar de frente a questão da corrupção. Para isso, a participação popular e a boa governança são instrumentos importantes no combate à corrupção e o uso indevido do dinheiro público. Contudo, é preciso que a população perceba a corrupção e não a tolere.

Não se pode apenas depender dos atuais mecanismos governamentais de prevenção e punição, pois eles não estão funcionando. Cabral e Diniz (2011) relataram que a impunidade reina nos crimes contra a administração pública e que a Controladoria-Geral da União mostrou que a probabilidade de um funcionário público corrupto ser condenado é de menos de 5% e de cumprir pena de prisão é quase zero.

A percepção da corrupção é importante para que o povo reaja. Essa percepção foi medida por Filgueiras (2009) que realizou uma pesquisa na qual buscou compreender como o brasileiro percebe e tolera problemas de corrupção na política tendo em vista uma antinomia entre normas e práticas sociais. Nos resultados foi observado que 45,4% das pessoas acreditam que é altamente corrupto um ato que prejudica o Estado, praticado por um funcionário público ou político; que a corrupção está mais presente nas instâncias representativas, em especial nas Câmaras

de Vereadores, na Câmara dos Deputados, nas Prefeituras e no Senado Federal, ou seja, os pesquisados perceberam de forma mais branda a corrupção praticada no mundo privado.

A pesquisa de Filgueiras (2009) também verificou que é relativamente alto o percentual de pessoas que concordam com situações de corrupção e julgam que ela seja algo “natural” à política; que apesar de as pessoas concordarem com determinadas normas morais, por exemplo, o valor da honestidade, elas estão propensas a participar de esquemas de corrupção.

Filgueiras (2009) mostrou, ainda, que o cidadão comum assume cotidianamente uma posição contraditória que, ao mesmo tempo em que demonstra reconhecer valores morais fundamentais e assumir que eles são importantes para a sociabilidade, também demonstra tolerância e aderência a esquemas de corrupção. Essa constatação é ruim para a participação no *accountability*² da máquina administrativa e enfraquece o sistema de fiscalização em relação às atividades das instituições públicas.

O *accountability* é uma forma de diminuir a corrupção. O termo tem origem inglesa, sem tradução exata para o português, que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Um termo possível em versão portuguesa seria: responsabilização. Assim, *accountability* é a responsabilidade do governo, dos funcionários públicos e dos políticos ao público e esse público, o povo, tem que cobrar dos políticos essa

2 Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Accountability>.

responsabilidade, fiscalizar e não eleger ou coadunar com agentes políticos corruptos. Por isso, as eleições são uma maneira direta de diminuir a corrupção, não elegendo pessoas inidôneas que irão, por sua vez, trazer toda a corja inidônea para o sistema.

A opinião das pessoas sobre corrupção é muito influenciada pela mídia, especialmente a televisiva. Se os veículos de informação divulgam casos de corrupção, as pessoas tendem a considerar que a corrupção está aumentando, quando muitas vezes, o aumento de notícias sobre corrupção é a prova de um melhor funcionamento dos mecanismos de controle (ABRAMO, 2005). Há, portanto, segundo Filgueiras (2009), “uma sensação de impotência por parte da sociedade; a corrupção é tolerada e os cidadãos ficam apenas aguardando qual será o próximo escândalo que circulará nos jornais”.

No senso comum, no Brasil, o brasileiro tem um caráter duvidoso e, a princípio, não nega a levar algum tipo de vantagem nas relações sociais. É o famoso jeitinho brasileiro e a malandragem. Todavia, Filgueiras (2009) defende que a corrupção não está relacionada apenas a aspectos do caráter do brasileiro, mas a constituição de normas informais que institucionalizam certas práticas tidas como moralmente degradantes, mas cotidianamente toleradas.

A moralidade exige que a conduta praticada pelo agente público seja pautada de acordo com a ética, com o bom senso, bons costumes e principalmente com a honestidade. Dessa forma, o administrador público ao atuar não deve decidir apenas entre o

que é ou não legal (princípio da legalidade), mas também o que é honesto ou desonesto (princípio da moralidade). Cabe ressaltar que a moralidade também abrange o administrado, ou seja, o particular, e não apenas o administrador público.

Quando um agente público aceita suborno, ele não só se corrompe, como também corrompe todo um sistema que esse agente representa (MINERBO, 2007). Para isso, a Constituição Brasileira de 1988 se preocupou com o dever da moralidade e colocou instrumentos para coibir condutas que violem esse princípio, por exemplo, a ação popular, na qual qualquer cidadão é parte legítima para propô-la visando anular ato lesivo à moralidade administrativa. Os corruptos ainda podem responder à Ação de Improbidade Administrativa visando à responsabilização de seu ato corrupto em prol do interesse público, podendo receber as seguintes sanções de acordo com o art. 37, § 4º, CF: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei (BRASIL, 1988).

Todas as pessoas possuem parcela de participação no desenvolvimento e manutenção da corrupção e por isso todas devem combatê-la. Importante é trabalhar com a prevenção desde as crianças e adolescentes até a sociedade cidadã como um todo. Não é interessante pensar que o foco de ataque deste mal deve ser somente os políticos, demais agentes públicos, a máquina administrativa. No dia a dia, as pessoas têm atitudes que podem ser caracterizadas como corrupção.

Alguns objetivos são mais visados no combate à corrupção, tais como: a) cobranças de efetiva punição dos corruptos e corruptores de modo a reduzir a impunidade nacional; b) facilitar os canais para receber as denúncias apresentadas pelo cidadão; c) estimular que as instituições sociais (família, escola e comunidade) aproveitem momentos do cotidiano para refletir sobre atos mais adequados e não corruptos; d) aumentar a campanha de conscientização de que todos têm participação na perpetuação da corrupção, seja pelos seus atos rotineiros seja pela falta de denúncia, de modo a promover um ambiente de integridade na esfera pública e na esfera privada.

Para ilustrar este último tópico sobre a campanha de conscientização, Abramo (2005) cita que o governo mexicano empreendeu forte campanha de convencimento da população de que corrupção é algo ruim e que, portanto, deve ser evitada. Peças publicitárias veiculadas em todos os ambientes públicos do país, na televisão, no rádio, nos jornais, retratavam situações condenáveis. Todavia, ressalta-se que a campanha no México tinha como intuito que as pessoas passassem a atribuir ao governo ações de combate à corrupção, o que não aconteceu, e nem era para se esperar, porque as pessoas devem saber que não cabe só ao governo esse combate.

Cabral e Diniz (2011) listaram que a vitória contra a corrupção:

[...] passa também pela racionalização tributária, pela simplificação do estado cartorial brasileiro e pela diminuição do estado, que consome 40% da riqueza nacional e não devolve em

serviços um décimo disso. Os brasileiros começam a acordar para essa realidade e a reagir a ela nas ruas. O episódio mais emblemático foi a coleta de 1,6 milhão de assinaturas que deu origem à Lei da Ficha Limpa. (CABRAL; DINIZ, 2011).

4 Conclusão

A corrupção assola o país desde sempre, contudo atualmente percebe-se uma maior atenção para este desprezível comportamento de alguns agentes públicos, principalmente pelo fato de o Brasil apresentar-se como um país em crescimento e desenvolvimento, mas também cheio de problemas em áreas básicas como a saúde e a educação.

Para serem sanados, os problemas estruturais e desenvolvimentais exigiriam verbas públicas, além de vontade política. Sendo um Brasil um país que está entre as cinco maiores economias do mundo, conclui-se que ele não é pobre em termos de ter recursos públicos para serem direcionados na melhoria do desenvolvimento social. Infelizmente os recursos e verbas públicas vão parar nos bolsos de agentes públicos, principalmente políticos, descompromissados com a coletividade e mais compromissados com o seu bem-estar pessoal.

Dessa forma, sugere-se que, para acabar com esse quadro indigno da grandiosidade que é o Brasil, exista a conscientização da sociedade como um todo, que pode ser feita por meio da educação, principalmente de crianças e adolescentes, do incentivo à honestidade e à transparência das atitudes do cidadão, com destaque para seus atos rotineiros, que contribuem para a

formação do caráter e para a formação de uma cultura de valores e princípios éticos. A construção desses valores é crucial para a construção de um país mais justo e para acabar com a cultura da corrupção no Brasil.

Title: Rich Brazil, Poor Brazil: the Effects of Corruption on the Country's Development

Abstract: Corruption can be studied from different angles, but this research is intended at discussing Brazil as a rich country, but poor and uneven as a result of the effects of corruption that retards social development. Notwithstanding that Brazil is among the Five largest economies, it is still in 7th place in the category of social inequality. Brazil is a rich country, but the question that is asked is why is there so much poverty and inequality among its people? One answer is that corruption plagues the country and devastates public resources, diverting them from their real goals, which are focused on the welfare of the population. Brazil could have fewer people in the line of poverty and social inequalities could be reduced if there was less diversion of public resources with corruption. Moreover, corruption is closely linked with immorality, stressing that morality also encompasses the administered part, that is, the individual, not just the public administrator. Thus, all people have the share of participation both on the development and on the maintenance of corruption, and so everyone should fight against it.

Keywords: Public administration. Corruption. Social development. Social inequality. *Accountability*.

Referências

ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 73, p. 33-37, nov. 2005.

BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 15, n. 42, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n42/1741.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BATISTA, Vera. Brasil abriga até 43% da corrupção do mundo. *Correio Braziliense*, Brasília, jun. 2011. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2011/07/18/internas_economia,261620/brasil-abriga-ate-43-da-corrupcao-do-mundo.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BETTO, Frei. Desigualdade social e renda injusta. *Dom total.com*, Belo Horizonte, 22 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=1828>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

CABRAL, Otavio; DINIZ, Laura. A vingança contra os corruptos. *Revista Veja*, São Paulo, n. 2.240, p. 76-82, 26 out. 2011.

CAMARGO, Orson. Desigualdade social. *Brasil Escola.com*, [S.l., 2009?]. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/sociologia/classes-sociais.htm>. Acesso em: 13 jan. 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009.

FUTEMA, Fabiana. Desigualdade coloca Brasil em 109^a lugar no ranking mundial de exclusão social. *Folha Online*, [S.l.], 16 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u85608.shtml>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

MAGNANI, Mário Luís. Como a desigualdade social atrasa o desenvolvimento econômico. *Revista Panorama360*, [S.l.], 02 jan. 2010. Disponível em: <<http://revistapanorama360.wordpress.com/2010/01/02/como-a-desigualdade-social-atrasa-o-desenvolvimento-economico/>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

MINERBO, Marion. A lógica da corrupção: um olhar psicanalítico. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 79, p. 139-149, nov. 2007.

REPÓRTER se infiltra e flagra corrupção em repartição pública. *Globo.com*, [S.l.], 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2012/03/reporter-se-infiltra-e-flagra-corrupcao-em-reparticao-publica.html>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

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

ÁVILA, Meg Gomes Martins de. Brasil rico, Brasil pobre: os efeitos da corrupção no desenvolvimento social do país. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 15-37, 2013. Anual.

Submissão: 02/05/2013

Aceite: 07/06/2013

A Jurisdição Constitucional e a Proteção à Dignidade da Pessoa Humana

José Wilson Ferreira Lima

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestrando no Curso de Mestrado Acadêmico em Constituição e Sociedade, do Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Direito Constitucional Positivado pela da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Resumo: O presente artigo enfoca a atuação da Jurisdição Constitucional no âmbito da proteção à dignidade da pessoa humana e tem por objetivo evidenciar a importância que essa forma de jurisdição assumiu no contexto do Estado de Direito, em especial na defesa dos direitos individuais fundamentais, como instrumento indispensável à garantia e à proteção destes, tudo isso como decorrência do movimento constitucionalista, que permeou a formação do ordenamento jurídico-constitucional na República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Jurisdição. Constitucional. Dignidade. Defesa. Proteção. Direitos fundamentais.

Sumário: Introdução. 1 A Dignidade da Pessoa Humana. 2 Direito Fundamental. 3 A Atuação da Jurisdição Constitucional. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

Entre outros importantes fatos culturais, as Revoluções Americana e Francesa foram marcos decisivos na história do constitucionalismo moderno, tendo muito contribuído para o atual panorama político e jurídico dos Estados. As declarações de direitos americana e francesa se destacaram, em especial, ante à inspiração jusnaturalista que as consubstanciaram, sobressaltando-se, nesse ponto, o reconhecimento ao ente humano

dos direitos naturais, caracteristicamente inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis (SARLET, 2009a, p. 44).

A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (Estados Unidos, 1776) marcou a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais; já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) decorreu da revolução que provocou a queda do antigo regime e a instauração de uma ordem burguesa em França (SARLET, 2009a, p. 43-44).

Atualmente, verifica-se que todos os países têm sua conformação básica planificada numa Constituição:

Passados duzentos anos, todos os países do mundo, com exceção do Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, exibem uma constituição escrita própria, fundada nos princípios do constitucionalismo moderno. (DIPPEL, 2007, p. 1-2).

Como se percebe, o constitucionalismo é um importante marco referencial, que se sedimentou ao longo dos dois últimos séculos.

A proteção aos direitos civis, a aspiração popular pela liberdade, o controle e a limitação do poder do soberano e, depois, a própria ideia de separação de poderes, tudo isso traçou os limites que serviram de parâmetro para a estruturação do constitucionalismo.

Democracia e liberdade, Estado de Direito e proteção aos direitos fundamentais são aspectos marcantes do movimento constitucionalista, que passaram a ser enfocados e dogmatizados

de forma sistêmica, em razão da busca por mecanismos que possibilitassem a emancipação do indivíduo frente ao poder do Estado.

Não se pode olvidar que o movimento constitucionalista também foi positivamente marcado pela influência e pelas consequências das grandes guerras mundiais do século XX:

Uma das características marcantes do constitucionalismo do segundo pós-guerra é a elevação da dignidade da pessoa à categoria de núcleo axiológico constitucional e, portanto, a valor jurídico supremo do conjunto do ordenamento, com caráter praticamente generalizado e em âmbitos sócio-culturais muito díspares [...] (FERNÁNDEZ SEGADO, 2003, p. 3, tradução nossa).¹

A República Federativa do Brasil colheu os frutos desse movimento e, porque também inspirada noutros estatutos constitucionais de vanguarda, acolheu o princípio da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, sendo esse um importante valor a ser destacado na Carta constitucional brasileira, na medida em que apregoa, implicitamente, que não há outra finalidade do Estado senão a de que seus atos e decisões tenham sempre por objeto a busca incessante pelo respeito à dignidade humana.² Aliás, no arcabouço histórico brasileiro, há que se ressaltar que “sem precedentes em nossa evolução constitucional

1 “*Uno de las rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda posguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, y ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbitos socio-culturales bien díspares [...]*” (FERNÁNDEZ SEGADO, 2003, p. 3, grifo nosso).

2 Essa é, também, a finalidade da Sociedade e da Família.

foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que não foi objeto de previsão no direito anterior” (SARLET, 2009a, p. 96).

Em verdade, todo esse processo evolutivo dentro dos limites próprios do constitucionalismo, evidenciou a relação umbilical entre o Estado, os direitos fundamentais e o indivíduo, sendo irrecusável a lição geral que disso resulta que o centro de defesa dos direitos humanos é a vontade de proteger os indivíduos (KATEB, 2011, p. 32, tradução nossa).³

Paralelamente a isso, eis que a Jurisdição Constitucional desenvolveu-se e se estabeleceu como um mecanismo que, em boa medida, se mostrou instrumentalmente eficaz no bojo do Estado de Direito, uma vez que sua atuação tem permitido a melhor e a mais adequada interpretação das normas e dos princípios constitucionais, o que viabiliza a aplicação do direito constitucional visando à máxima realização dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a proteção da dignidade da pessoa humana. Além disso, é preciso que os direitos e valores constitucionalmente tutelados recebam proteção efetiva inclusive em relação ao legislador, para que este não atue de modo a reduzir ou mesmo anular esses tais direitos, atingindo-os em sua parte mínima de existência e eficácia:

A garantia do ‘conteúdo essencial’ do direito pressupõe a existência de uma barreira intransponível pelo próprio legislador,

3 “The general lesson is that the center of the defense of human rights is the will to protect individuals.” (KATEB, 2011, p. 32, grifo nosso).

que protege um núcleo imediatamente constitucional e, por isso mesmo, irreduzível do direito, que de forma alguma pode ser limitado. (FERNÁNDEZ SEGADO, 2003, p. 93, tradução nossa).⁴

1 A Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição da República (1988) cuidou de relacionar no rol inaugural de seu catálogo de princípios a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o que evidencia uma especial atenção do legislador constituinte com esse fundamento do Estado brasileiro (BRASIL, 2011a).

Se a dignidade, em sua semântica comum, tem o sentido de autoridade moral, honestidade, honra e respeitabilidade (FERREIRA, 1986, p. 589), por certo sua inserção no texto constitucional teve o objetivo de conferir-lhe e acrescentar-lhe um sentido especial, com alcance metalinguístico, dando-lhe qualificação própria de um instituto político e jurídico, mas especificamente voltado para a proteção do ente individual.

Conceitualmente, tem-se a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e

4 “La garantía del ‘contenido esencial’ del derecho supone, pues, la existencia de una barrera insalvable por el propio legislador, que protege un núcleo inmediatamente constitucional y, por lo mismo, irreductible del derecho, que en modo alguno puede ser limitado.” (FERNÁNDEZ SEGADO, 2003, p. 93, grifo nosso).

desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2009b, p. 37).

Numa perspectiva mais restrita, somente é possível associar-se a dignidade, enquanto qualidade moral, ao ente humano, de sorte que, com essa avaliação, pode-se entender a redundância contida na expressão dignidade da pessoa humana. Todavia, o propósito de se empregar tal expressão conecta-se ao objetivo principal da norma constitucional, que é o de destacar a especial relevância que o legislador constituinte buscou atribuir ao ente humano, focado individualmente. Nesse ponto, é suficiente considerar que a dignidade da pessoa humana encontra-se proximamente envolvida e associada a outros princípios de envergadura constitucional que, embora não menos importantes, têm características de entes coletivos, como o são a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político.

O Estado, considerado na perspectiva da política, compreendido como “atividade dirigida para o estabelecimento e a manutenção de uma ordem social” (KELSEN, 2001, p. 355), não pode produzir ações nem omissões que acarretem ofensas ou prejuízos ao patrimônio moral ou material do indivíduo, ou seja, sempre que agir ou se omitir o Estado não poderá deixar de considerar a norma constitucional que exige respeito ao ente humano em relação ao seu atributo mais elementar e mais

importante: a “dignidade”. É da essência do Estado, qualificado como democrático e de direito, a proteção a esse fundamento.

Ao reconhecer na dignidade da pessoa humana um valor a ser protegido, o constituinte exerceu positivamente uma forma de “atividade política, com a finalidade de regulamentar a conduta social dos homens” (KELSEN, 2001, p. 349) e, desse modo, respeita-se a “dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 315-316). Sob esse ponto de vista, esclareça-se que “a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros”, assim como o “fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças” (SARLET, 2009b, p. 32).

Diz-se, a esse respeito, que:

[...] quando se fala em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito à existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais à dignidade da pessoa. (SARLET, 2004, p. 69-70).

Sob o viés jurídico, não basta que o Estado brasileiro eleve a dignidade da pessoa humana ao *status* de princípio constitucional. Faz-se necessário, ainda, que crie os meios eficazes para protegê-la, não apenas em face de suas próprias ações ou omissões, mas também quanto àquelas outras produzidas por particulares. A

propósito, convém frisar que a constitucionalização do dispositivo em apreço conferiu-lhe o duplo sentido de norma positivada (regra) com conteúdo de princípio (fundamento). Por conta disso, a força normativa da Constituição há de ser empregada de modo a resguardar integralmente o ente humano dos ataques de seus pares (entes privados), assim como dos ataques porventura produzidos por agentes públicos, atuando em nome do Estado, de forma ilícita ou contrária aos preceitos da ordem política e jurídica em vigor. O Estado, a Sociedade e a própria Família devem sempre ter em consideração, ao planejarem suas ações, que o “centro de gravidade do ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2012a, p. 9).

Além disso, é importante considerar, ao se tratar da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, que a rigor “nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada” (SARLET, 2009a, p. 387), o que leva a ponderar que mesmo a dignidade da pessoa humana encontra-se suscetível de alguma possível forma de restrição. Entretanto, há que se ter em conta que há um limite último a ser observado, sem o qual o direito fundamental deixaria de existir. Assim, sua existência como direito está associada e condicionada à intangibilidade de uma parte sua, dita essencial.

A propósito, doutrinariamente, tem-se postulado que “um direito fundamental existe desde sempre com o seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já ‘nasce’ com os seus limites” (SARLET, 2009a, p. 388). Contudo, sob outro

enfoque, há na doutrina postulado diverso, no sentido de que, inicialmente, tem-se o direito ilimitado, mas este, “mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado” (SARLET, 2009a, p. 389). No primeiro caso, tem-se a denominada Teoria Interna e, no segundo, a Teoria Externa.

Assim, antevedo a possibilidade de colisões entre direitos fundamentais, Sarlet (2009a, p. 389) entende que a Teoria Externa é a que se encontra mais apta a permitir a reconstrução argumentativa dessas colisões, a partir da compreensão da imposição de limites aos direitos, que encontram balizamentos nos chamados limites dos limites.

Estas restrições finais aos direitos fundamentais correspondem, em linha de definição, às “ações ou omissões dos poderes públicos [...] ou de particulares que dificultam, reduzem ou eliminam o acesso ao bem jurídico protegido” (SARLET, 2009a, p. 391). Ocorrendo esse tipo de ataque ao direito fundamental, ter-se-ia, por conseguinte, de um lado, a afetação do exercício desse direito, considerado na perspectiva subjetiva, e, de outro lado, a própria redução dos deveres estatais de garantir e de promover esse mesmo direito, na perspectiva objetiva (SARLET, 2009a, p. 391).

A dignidade de pessoa humana, enquanto direito fundamental, reclama intensa proteção, de modo a evitar sua banalização, uma vez que foi alçada ao *status* de fundamento do Estado brasileiro. Enfatiza-se, por conta disso, que o núcleo essencial de um direito fundamental corresponde à parcela deste

sem a qual ele atinge seu ponto mínimo de eficácia e, por isso, descaracteriza-se como direito fundamental, deixando de assim ser identificado. A lógica dessa compreensão assenta-se na perspectiva de que, uma vez violado o núcleo essencial de um direito fundamental, este deixará de existir como tal:

[...] a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares. (SARLET, 2009a, p. 402).

O Estado de Direito firmado na Constituição de 1988 impôs, a título de vedação explícita, a intangibilidade dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), impedindo, com isso, qualquer ação política ou jurídica tendente à violação do ente humano, titular de inúmeros direitos consagrados e positivados como fundamentais. Nessa seara, encontra-se a proteção à intangibilidade da dignidade da pessoa humana, que corresponde a “uma manifestação constitucional em prol da tutela do núcleo essencial” (SARLET, 2009a, p. 402). Coerentemente com esse sistema, diz-se que “eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição” (SARLET, 2009a, p. 395).

Dada à dimensão própria da dignidade da pessoa humana, ela é vista como a base dos Direitos Humanos (KATEB, 2011, p. 1,

tradução nossa),⁵ o que mais justifica seu tratamento como norma constitucional que, por conta mesmo dessa natureza, encontra-se reforçada pela norma de mesma envergadura, que impõe à República Federativa do Brasil a estrita observância ao princípio da prevalência dos direitos humanos, nos termos do art. 4º, II, da Constituição (BRASIL, 2011a). Nesse sentido, compreende-se que:

[...] a ideia de dignidade humana não serve apenas para ajudar a defender a teoria dos direitos individuais, mas também dá uma perspectiva sobre a dignidade da espécie humana. (KATEB, 2011, p. 5, tradução nossa).⁶

Ante a evidente relevância desse tema, sua abordagem ganhou especial valoração após a Segunda Guerra Mundial, quando várias Constituições dispuseram expressamente acerca da dignidade da pessoa humana como categoria específica do direito, o que revela algum comprometimento do Estado para com o indivíduo. Seguramente, foi no:

[...] século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que [...] novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados [...], além de serem objetos de diversos pactos internacionais. (SARLET, 2009a, p. 47-48).

5 “*Human dignity is thus perceived to be the basis for human rights.*” (KATEB, 2011, p. 1, grifo nosso).

6 “[...] *the idea of human dignity not only serves to help defend the theory of individual rights but also gives a perspective on the dignity of the human species.*” (KATEB, 2011, p. 5, grifo nosso).

Consequentemente, a expressa referência à dignidade da pessoa humana, no texto das Cartas Políticas, passou a ser um “tema típico e atualmente central para muitos Estados Constitucionais” (HÄBERLE, 2009, p. 46). A propósito disso, a Constituição italiana prescreveu:

Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País. (ITÁLIA, 1947).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por sua vez, dispôs que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1998).

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha expressou que a “dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público” (ALEMANHA, 2011).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de *San Jose* da Costa Rica, estabeleceu que:

Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade

inerente ao ser humano. (COSTA RICA, 1992).

Seguindo nessa mesma linha, a Constituição da República portuguesa proclamou-se um “Estado soberano, baseado na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (PORTUGAL, 1976).

A Constituição espanhola prescreveu que a:

[...] dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social. (ESPANHA, 1978).

O Estado colombiano, em seu estatuto constitucional, afirmou ser um Estado “[...] baseado no respeito da dignidade humana, no trabalho e na solidariedade dos indivíduos que pertencem a ela, e a predominância do interesse geral” (COLÔMBIA, 1991).

A Constituição mexicana, mais antiga, também se ocupou dessa questão, ao dispor:

Resta proibida toda a discriminação motivada pela origem étnica ou nacional, de gênero, de idade, de deficiência, de condição social, de estado, de saúde, de religião, de opiniões, de preferências sexuais, de estado civil ou qualquer outra que atente contra a dignidade humana e tenha por objeto anular ou prejudicar os direitos e liberdades das pessoas. (MÉXICO, 1917).

Mais recentemente, a República Democrática do Timor-Leste firmou ser um “Estado de direito democrático, soberano,

independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana” (TIMOR-LESTE, 2002).

Seguindo nessa mesma direção, a União Europeia (2000) anunciou, no preâmbulo de sua Carta de Direitos Fundamentais, que sua constituição:

[...] baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação. (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Em suma, a dignidade de pessoa humana, enfocada como consequência da adoção do regime constitucionalista pelos Estados, adquiriu no último século forte expressão de valor jurídico, sendo alçada à condição de direito fundamental, no bojo das mais destacadas entidades políticas e de suas respectivas Constituições e Leis Fundamentais.

2 Direito Fundamental

Conquanto disposta como um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade de pessoa humana foi estrategicamente concebida pelo legislador constituinte como parte de um instrumental político, jurídico e social, que tem por objetivo permitir avanços no desenvolvimento do indivíduo, ao mesmo tempo em que pretende reforçar e destacar o papel do legislador na criação do direito a partir da realidade, evidenciando, com isso, que o legislador é o criador de uma parte da esfera pública

e da realidade da Constituição, responsável em propiciar os meios para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais (HÄBERLE, 1997, p. 27).

Nesse contexto, a produção de atos normativos que regulem ou tenham incidência no campo dos direitos fundamentais e que por isso mesmo possam afetar, de algum modo, a dignidade humana, deve decorrer de acordos políticos suficientemente refletidos e perfeitamente ajustados à ordem constitucional. Sob esse foco, não se pode perder de vista que:

Por vezes, o embate político prepondera quando se trata da aprovação de leis polêmicas que envolvam interesses por demais conflitantes, quase sempre lastreados nas discussões fundadas em questões econômicas e sociais, o que não quer dizer, contudo, que questões políticas possam ser traduzidas sob a forma de leis inconstitucionais, tão-somente pela prevalência da força do argumento político. (LIMA, 2012, p. 110).

Dessa forma, o poder transformador do legislador pode ser sintetizado em enxergar a realidade social e dela extrair os valores mais essenciais para, em seguida, traduzir as aspirações gerais em normas de regramento, que permitam não apenas as garantias mínimas de fruição dos diversos direitos por todos, como também dê a cada indivíduo as garantias básicas de que a sua dignidade será preservada em quaisquer circunstâncias. É nessa esfera que o direito fundamental nomeado “dignidade da pessoa humana” assume especial destaque no que se refere ao âmbito de defesa e de proteção individual, em sua dimensão específica de direito fundamental, devendo-se buscar, a partir dessa perspectiva, a

interpretação que melhor atenda ao exercício do direito no plano individual:

[...] a força expansiva de todo direito fundamental restringe o âmbito de aplicação das regras que estabelecem limites para o exercício de um direito; daí a exigência, reiteradíssima, do ‘intérprete supremo da Constituição’, de que os limites dos direitos fundamentais devem ser interpretados com critérios restritivos e da maneira mais favorável à eficácia e à essência desses direitos. (FERNÁNDEZ SEGADO, 2003, p. 85, tradução nossa).⁷

Reconhecidamente, os direitos fundamentais individuais assumem sentido dúplice, na medida em que, se considerados direitos de defesa, o são como “direito cujo conteúdo se traduz em exigir que o próprio Estado se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica de particulares” (CANOTILHO, 2004, p. 76); se tratados, entretanto, como direitos de proteção, correspondem aos “direitos constitucionais que apontam para a necessidade de o Estado conformar a ordem jurídica, [...], de modo a evitar a violação dos direitos dos particulares por parte de outros sujeitos privados” (CANOTILHO, 2004, p. 76-77).

Mas, para uma atuação eficaz, na perspectiva da proteção do indivíduo, foi preciso que o legislador identificasse os direitos fundamentais e, a partir do exercício de atividade essencialmente

7 “[...] la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas que establecen límites al ejercicio de un derecho; de ahí la exigencia, reiteradísima por el ‘intérprete supremo de la Constitución’, de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.” (FERNÁNDEZ SEGADO, 2003, p. 85, grifo nosso).

política, estabelecesse uma codificação jurídica, que conduzisse ao regime de institucionalização de direitos fundamentais:

O direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas. Nesta medida, eles pressupõem o poder de sanção de uma organização, a qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas. (HABERMAS, 2003, p. 170).

O catálogo de direitos fundamentais disposto na Constituição brasileira compreendeu não apenas o esforço no sentido de se positivarem todos os direitos naturais inerentes ao homem, consolidando-os, como também teve o propósito de constituir um conjunto de mecanismos eficientes que pudessem garantir a livre fruição desses direitos. Aliás, essa tem sido a tônica do constitucionalismo moderno que, a par de numerosos e crescentes limites constitucionais garantidores, vem sistematizando os chamados “valores constitucionais” (PALAZZO, 1989, p. 16-18). Consequentemente, a Constituição passou a ser o “instrumento capaz de ofertar um catálogo de bens mercedores de tutela” (PALAZZO, 1989, p. 84-85).

Frutos de valorosas contribuições extraídas dos campos filosófico e teórico, importa ter em conta que se “[...] determinados direitos fundamentais são válidos significa dizer que as estruturas necessárias e algumas das estruturas possíveis foram realizadas” (ALEXY, 2008, p. 32). Reconhece-se, por assim dizer, que o catálogo dos direitos fundamentais presente no

texto constitucional pode ser considerado um dos avanços mais significativos concebidos pelo movimento constitucionalista:

O constitucionalismo de matriz ocidental identificado agora com a democracia representativa e pluralista (a democracia politicamente liberal) impôs-se em nome da dignidade e dos direitos da pessoa humana e contra a falta de racionalidade dos demais regimes. (MIRANDA, 2003, p. 99).

Nessa ordem de ideias, faz-se necessário, por vezes, o emprego do poder coercitivo estatal para debelar ofensas ou ameaças aos direitos fundamentais decorrentes, em especial, de ações produzidas por agentes públicos no exercício de atividades nomeadamente estatais, de modo a preservar a dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, paradoxalmente, tem-se o Estado atuando contra as suas próprias estruturas.

Por conta disso, numa relação de causa e efeito, os direitos fundamentais e suas garantias, presentes na Constituição (BRASIL, 2011a), têm eficácia vinculante imediata (MENDES, 1998, p. 32), de forma que, em princípio, nada poderia obstar o livre exercício de tais direitos, senão em face de ações arbitrárias, contrárias às normas do ordenamento constitucional vigente.

Sob outra óptica, deve-se ter em consideração que há situações em que “a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito” (MENDES, 1998, p. 41), o que conduz a uma problemática específica própria da seara dos direitos fundamentais, que pode afetar a plena satisfação da dignidade da pessoa humana.

Assim, afigura-se inconciliável um regime de proteção aos direitos fundamentais, quando ausentes as condições materiais e formais ao livre exercício deles. Surge aí uma questão paradoxal, intimamente associada à liberdade política de atuação de diversos agentes públicos, entre eles o próprio legislador, que deixa de produzir a lei necessária à satisfação do direito pelo particular ou, mesmo quando a produz, dá vigência a leis contrárias aos parâmetros constitucionais, sendo elas, por vezes, flagrantemente inconstitucionais:

Não é redundante afirmar que o ordenamento jurídico foi preordenado para receber leis constitucionais, da mesma forma que o Poder Legislativo foi constitucionalmente concebido para produzir leis constitucionais. (LIMA, 2012, p. 110).

Inexoravelmente, isso leva a concluir que:

[...] a garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra a intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. [...] não apenas a existência de lei, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais. (MENDES, 1998, p. 40).

Nessa medida, entendendo-se os direitos fundamentais como “direitos de defesa”, resta evidente que, por exemplo, uma eventual mora do legislador (omissão) ou deficiência da norma legislada afeta, sem dúvida, o indivíduo em sua esfera de liberdade ou de fruição de seus direitos, o que reflexamente inviabiliza a satisfação plena da dignidade da pessoa humana. A propósito disso, é pacífico que:

[...] como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu *status* jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. (HESSE, 1998, p. 235).

Assim, diante de um possível quadro de conflito, permeado, por um lado, pela ausência ou pela precariedade normativo-legislativa, quanto aos regramentos necessários e, por outro lado, tendo-se o indivíduo tolhido na sua esfera de liberdade e/ou de fruição de direitos, somente resta possível a intervenção estatal da Jurisdição Constitucional para debelar essa situação e construir, a partir de parâmetros interpretativos e constitucionais, a solução que seja mais justa e adequada, respeitando-se as possibilidades materiais disponíveis.

Certamente, foi visando dar cumprimento a essa missão que a Jurisdição Constitucional estruturou-se a partir de bases filosóficas, políticas e jurídicas produzidas pelo movimento constitucionalista moderno.

3 A Atuação da Jurisdição Constitucional

Dois importantes eixos de atuação marcam as competências da Jurisdição Constitucional: a) o Controle de Constitucionalidade e b) a Defesa dos Direitos Fundamentais. No caso brasileiro, o exercício dessa especial forma de jurisdição encontra-se inserida nas competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, a quem foi atribuída a guarda da Constituição em caráter precípua, nos termos do art. 102 da Constituição (BRASIL, 2011a). Essas

competências trazem ínsito um conjunto de consequências, que têm como principal desdobramento a busca pela efetivação dos direitos fundamentais e pela defesa plena do Estado de Direito.

Paralelamente, ao Tribunal incumbe também à interpretação da Constituição, seja para a correta aplicação das normas estatuídas, seja pela busca da forma mais adequada e justa de efetivação dos princípios nela consagrados. A guarda da Constituição e sua correta interpretação afiguram-se competências de elevada relevância para a preservação do Estado de Direito:

Para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, prevê o direito vigente, [...], um controle amplo de sua observância pelo poder judiciário. Esse controle serve não só à proteção jurídica individual, portanto, à realização dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos, mas, não menos, também, à sua proteção como partes integrantes da ordem objetiva da coletividade. (HESSE, 1998, p. 269).

No exercício dessa especial competência, por diversas vezes o Supremo Tribunal Federal abordou a temática ligada à proteção da dignidade da pessoa humana, confirmando e consolidando esse princípio como um vetor que tem incidência em todo o ordenamento jurídico-constitucional. O Tribunal destacou que o postulado da dignidade da pessoa humana expressa “significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País” e desse modo “traduz [...] um dos fundamentos em que se assenta, [...], a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo” (BRASIL, 2011b, não paginado).

A despeito de o Estado brasileiro não operacionalizar os meios eficazes na gestão das mais relevantes questões públicas, notadamente aquelas que seriam necessárias ao cumprimento de suas obrigações no campo social (saúde, educação, segurança, emprego, economia etc.), é justamente a Jurisdição Constitucional que se apresenta como o último recurso para se obter a satisfação dos direitos e das liberdades constitucionalmente protegidos, quase sempre obstaculizados por entraves criados nos mais diversos setores da Administração e dos Poderes Públicos.

Ao se buscar a atuação da Jurisdição Constitucional revelar-se, intrinsecamente, a falha ou mesmo a precariedade da atividade legislativa, assim considerando que no:

[...] sistema constitucional de tendencial separação de órgãos de soberania, cabe em primeira linha ao legislador assegurar a observância dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. (CANOTILHO, 2004, p. 91).

Esses entraves, quase sempre de natureza administrativa ou legislativa, de índole econômica, política e/ou jurídica, principalmente, redundam numa espécie de negação ao comando constitucional de onde o direito individual ou coletivo teve origem e positivação e, conseqüentemente, a solução da demanda migra da esfera política para a jurídica. Como efeito decorrente, tem-se que a “submissão dessas posições a regras jurídicas opera um *fenômeno de transmutação*, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas”, o que conduz, portanto, à “juridicização do processo

decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política” (MENDES, 1998, p. 43, grifo nosso).

Desse modo, se por um lado tem-se afirmado que a:

Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. (BONAVIDES, 2003, p. 77).

Como mais razão pode-se afirmar que é justamente no âmbito da Jurisdição Constitucional que se encontra todo o aparato instrumental, político e jurídico necessário à salvaguarda da Constituição e de seus princípios.

Mas o ponto crucial na abordagem de questões constitucionais relativas aos direitos fundamentais do indivíduo centra-se na perspectiva jurídica de que não há direitos absolutos no ordenamento pátrio e, por conta disso, é real a possibilidade de conflitos entre princípios e valores de envergadura constitucional, o que demanda grande esforço técnico, filosófico, político e jurídico visando ao equacionamento mais justo e menos aflitivo, dentro de um quadro de possibilidades quase sempre bastante limitado:

[...] não há direitos ilimitados e ainda menos direitos que possam ser exercidos de forma abusiva. E nessa ordem de considerações, a dignidade passou a operar como um limite frente ao exercício abusivo dos direitos. (FERNÁNDEZ SEGADO, 2003, p. 36, tradução nossa).⁸

8 “[...] no hay derechos ilimitados y menos aún pueden ejercerse los derechos abusivamente. Y en este orden de consideraciones, la dignidad ha venido a operar

Diante disso, há que se entender que a dignidade da pessoa humana é um importante princípio consagrado no ordenamento constitucional, sendo a vida um valor essencial, sem o qual não há se falar em dignidade (um exemplo). Todavia, em se tratando de valores e princípios, na perspectiva do constitucionalismo moderno, tudo há de ser relativizado e considerado no conjunto dos fatos concretos e no âmbito estrito da ordem normativa:

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (MENDES, 2007, p. 83).

A propósito disso, a situação discutida em sede da arguição de descumprimento de preceito fundamental (APDF 54/DF), no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004), é bastante ilustrativa.

Inspirada na ocorrência de violação da dignidade da pessoa humana, como preceito fundamental, entre outros preceitos apontados como também violados, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou no Supremo Tribunal uma arguição, buscando a declaração da inconstitucionalidade da interpretação de alguns dispositivos do Código Penal (arts. 124, 126 e 128, I e II)⁹ (BRASIL, 1940), para reconhecer o direito

como un límite frente al ejercicio abusivo de los derechos.” (FERNÁNDEZ SE-GADO, 2003, p. 36, grifo nosso).

9 “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

subjetivo de uma gestante se “submeter ao procedimento de interrupção da gravidez, sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado” (CONFEDERAÇÃO..., 2004, p. 22).

A ação em questão teve respaldo no art. 102, § 1º, da Constituição (BRASIL, 2011a), que foi regulamentado pela Lei 9.882/1999, disciplinadora do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Supremo Tribunal (BRASIL, 1999).

No bojo da indicada ADPF 54/DF, a dignidade da pessoa humana foi disposta como preceito fundamental e a busca por sua efetiva proteção foi o objeto da discussão. De um lado, foi posto o direito à vida de um ser que se desenvolvia no ventre materno (feto anencéfalo) e, de outro, o direito à mulher de interromper o ciclo da gestação, fazendo-se valer, entre outros direitos, do seu direito à dignidade enquanto pessoa humana.

Adiante, no julgamento da ação, esse direito restou destacado:

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação,

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. (BRASIL, 2012b, p. 78).

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral à saúde [...] (BRASIL, 2012b, p. 79).

Finalmente, ao avançar no mérito da ADPF 54/DF, o Tribunal julgou-a procedente e declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Assim como no caso ora destacado, em várias outras oportunidades, o Supremo Tribunal Federal decidiu questões importantes, enfatizando e reconhecendo o princípio (ou preceito fundamental ou ainda o direito fundamental) da dignidade da pessoa humana, adotando-o como uma das premissas do *decisum*.

4 Conclusão

Após todas estas considerações, resulta claro que o ordenamento constitucional brasileiro dispõe de um vasto catálogo de princípios e valores, que viabilizam e permitem a construção de decisões judiciais e interpretações que mais valorizem o ente humano, tratando-o de forma digna, não apenas no sentido formal, mas buscando sempre compatibilizar o conteúdo material da

decisão com a satisfação e o respeito efetivo que todas as pessoas merecem e devem receber de seus pares e do próprio Estado.

A efetivação da dignidade da pessoa humana não passa apenas pelo acolhimento ou pela procedência do pedido contido numa petição inicial, mas antes reclama que o julgador constitucional tenha em foco que o Estado, visto por qualquer de suas funções orgânicas estruturais (Judiciária, Ministério Público, Executiva e Legislativa), não é um fim em si mesmo, mas parte de um todo criado e mantido com o propósito de viabilizar o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

No quadro geral do Estado brasileiro, a Jurisdição Constitucional exerce especial competência no âmbito da tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo responsável pela garantia de que o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana seja sempre um fim a ser observado e um valor a ser respeitado por todos os Poderes e órgãos da Administração Pública.

O respeito à dignidade da pessoa humana deve ser uma prioridade de todos os setores que integram a República Federativa do Brasil.

Title: The Constitutional Jurisdiction and the Protection of Human Dignity

Abstract: This article focuses on the performance of the Constitutional Jurisdiction under the protection of Human Dignity, and aims to highlight the importance of this form of assumed jurisdiction under the Rule of Law, particularly in the defense of fundamental individual rights, as an indispensable instrument the guarantee and protection, all as result of the constitutionalists

movement, which has permeated the formation of constitutional law in the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Constitutional. Jurisdiction. Dignity. Defense. Protection. Fundamental rights.

Referências

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Anuário Ibero-americano de Justicia Constitucional*, Espanha, n. 7, p. 77-101, 2003. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BonavidesJC.pdf>. Acesso em: 14 set. 2012.

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

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 dez. 2012.

_____. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 19 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – 54*. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus n. 99.743/RJ*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2591360>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 477.554 Agr/MG*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000178392&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Relator proferido na ADPF 54*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COLÔMBIA. Constituição (1991). *Constituição da Colômbia*. Disponível em: <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const2.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHARES NA SAÚDE. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Petição inicial*. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

COSTA RICA. 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

ESPANHA. Constituição (1978). *Constitución Española*. Disponível em: <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Estudios jurídicos-constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-103.

_____. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direitos constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

ITÁLIA. Constituição (1947). *La Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

KATEB, George. *Human dignity*. Cambridge, US: Harvard University Press, 2011.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed.

São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMA, José Wilson Ferreira. *Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: comentários à Lei 9.882, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÉXICO. Constituição (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 feb. 1917. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. t. 1.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Brasília: UNESCO, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TIMOR-LESTE. Constituição (2002). *Constituição da República Democrática de Timor-Leste*. Disponível em: <<http://www.tl.undp.org/undp/procurementrules/CONSTITUTION%20BOOK%20PRINTING%20JUSTICE%20PROJECT.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos (2000). Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 18 dez. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 13 set. 2012.

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

LIMA, José Wilson Ferreira. A jurisdição constitucional e a proteção à dignidade da pessoa humana. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 39-72, 2013. Anual.

Submissão: 26/04/2013

Aceite: 28/06/2013

Litígio Estratégico de Interesse Público e Ministério Público: Reflexões sobre a Natureza Instrumental da Independência Funcional¹

Dicken William Lemes Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, titular da 5ª Promotoria de Justiça de Fazenda Pública. Assessor Cível da Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mâster em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha, Espanha. Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Direitos Humanos pela Fundação Universidade de Brasília/Faculdade de Direito em conjunto com a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e em cooperação com a University of Essex/Departament of Law/Human Rights Centre. Especialista em Direito Penal pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Constitucional pela Academia de Polícia da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Goiás.

Resumo: Este trabalho apresenta reflexões sobre a eficiência da atuação do Ministério Público brasileiro, à luz da adequada compreensão do princípio da independência funcional, para realização de suas incumbências fixadas na CF/1988. Nesta perspectiva, são apresentadas noções dos chamados litígios estratégicos de interesse público, compreendidos como uma prática diferenciada de litígio, com a eleição de casos paradigmáticos, que são apresentados ao judiciário com o objetivo de alcançar mudanças sociais, através da transformação da jurisprudência e da criação de precedentes, objetivando alcançar mudanças legislativas e de políticas públicas. O Ministério Público brasileiro apresenta-se como uma instituição qualificada e legitimada para tais litígios, em vista do seu papel de agente de transformação social fixado a partir da vigente Carta Magna. Assim, são apresentadas reflexões, à luz de teorias contemporâneas do Direito Constitucional, sobre a eficiência que se exige da atuação do Ministério Público brasileiro, inclusive com o manejo dos conceitos e técnicas do litígio estratégico, a partir de uma melhor

¹ Artigo escrito como requisito final para conclusão do Curso *Litígio Estratégico de Interesse Público* (2º semestre de 2012, Brasília, DF) - Fundação Getúlio Vargas (FGV): Escola de Direito de São Paulo.

compreensão do princípio da independência funcional.

Palavras-Chave: Ministério Público. Litígio estratégico de interesse público. Princípios constitucionais. Independência funcional.

Sumário: Introdução. 1 Noções de Litígio Estratégico de Interesse Público. 2 O Ministério Público Brasileiro como Agente de Transformação Social. 3 O Ministério Público na CF/1988 e os Respectivos Princípios Reitores. 4 O Princípio Constitucional da Independência Funcional do Ministério Público: Contornos e Limites. 5 Conclusões. Referências.

Introdução

O tema que desafia a presente reflexão expressa uma preocupação pertinente à eficiência da atuação do Ministério Público brasileiro, à luz da adequada compreensão do *princípio da independência funcional*, para realização de suas incumbências fixadas na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), desde quando a instituição passou a ocupar uma posição jurídico-política fundamental para construção (PAES, 2003), manutenção e preservação do modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

Com efeito, no contexto do que Peter Häberle (2004) chamou, ao analisar a atual fase de desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, de “logro cultural do Estado Constitucional²”

2 Expressão utilizada por Peter Häberle (2004, p. 156), ao realizar uma análise da Jurisdição Constitucional na fase atual do desenvolvimento do Estado Constitucional, dividindo-a em três partes. Uma primeira, histórica, desde a fase anterior à II Guerra Mundial, partindo do surgimento da ideia da noção de Jurisdição Constitucional autônoma (Marbury vs. Madison – Estados Unidos e Constituição de Weimar – 1919), passando pelo período do pós Guerra (Constituições Italiana - 1947

observa-se, ao lado da tradicional função de proteção do interesse público, com a manutenção da paz social e da legalidade, a consolidação de um processo evolutivo no curso do qual foram confiadas ao Ministério Público novas e indispensáveis funções de transformação social, para defesa, em última análise, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta perspectiva, observa-se um liame inquebrantável entre o papel fixado constitucionalmente ao Ministério Público brasileiro e a imprescindibilidade de uma atuação eficiente para tornar efetivos os valores do Estado Social e Democrático de Direito.

No contexto, o Ministério Público tem se utilizado dos conceitos e técnicas derivados dos chamados *litígios estratégicos de interesse público*, com o manejo de uma prática diferenciada de litígio através da qual, como salienta Evorah Cardoso (2011, p. 363-378), são eleitos casos paradigmáticos, os quais são apresentados ao judiciário com o objetivo de alcançar mudanças sociais, através da transformação da jurisprudência e criação de precedentes, em ordem a influir em mudanças legislativas e de políticas públicas.

Sem embargo, essa atuação do Ministério Público não tem se apresentado, na prática, de forma sistemática e organizada, sendo, antes, fruto da iniciativa isolada de certos membros da instituição que, protegidos pelo manto da independência funcional, operam

e Alemã – 1948), e chegando ao período de expansão da Jurisdição Constitucional, posterior a 1989.

em busca de atingir objetivos que consideram adequados à consecução das atribuições fixadas constitucionalmente para a instituição.

Por um lado, muitas são as iniciativas de sucesso e que encontram respaldo na opinião majoritária dos membros do Ministério Público brasileiro e no próprio seio da sociedade civil, pelos bons resultados alcançados na proteção de direitos humanos e fundamentais. Por outro lado, entretanto, nem sempre esses resultados são alcançados, observando-se precipitações e equívocos na percepção isolada do interesse público, ou mesmo no manejo de técnicas inadequadas, o que termina por comprometer, além da imagem da própria instituição do Ministério Público como um todo, o próprio direito ou interesse objeto dessa atuação.

Desta forma, o que aqui se propõe é apresentar reflexões, à luz de teorias contemporâneas do Direito Constitucional, sobre a eficiência que se exige da atuação do Ministério Público brasileiro, inclusive com o manejo dos conceitos e técnicas do litígio estratégico, a partir de uma melhor compreensão do princípio da “independência funcional” (CF/1988 - art. 127, § 1º)³.

1 Noções de Litígio Estratégico de Interesse Público

Destaca Evorah Cardoso (2011, p. 367), a partir da afirmação da inexistência de um conceito consolidado de *litígio estratégico* e

3 “Art. 127 - O Ministério Público é 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. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

da eleição de designá-lo como um *discurso-prática*, que em razão de sua finalidade última, de alcançar transformações ou impactos sociais, tal litígio diferenciado não teria como endereçados exclusivamente os órgãos judiciais, seus palcos por excelência, “mas também os tomadores de decisão (*decision makers*), os formuladores de políticas públicas (*policy makers*) e a sociedade em geral”.

Desta forma, após realçar o alcance mais amplo do *litígio estratégico*, que não se limitaria ao trâmite processual no judiciário, e apontar que a respectiva utilização deriva de um manejo combinado de técnicas legais, políticas e sociais que percorrem todo o caminho que vai desde antes da própria propositura da ação judicial até a efetiva implantação de uma eventual decisão judicial favorável, a referida autora destaca:

Mesmo quando não há decisão judicial ‘favorável’, ou quando o caso paradigmático não tem chances de ser implementado, outros objetivos podem manter o propósito de levá-lo adiante, como o de esclarecer a interpretação do direito para casos futuros, treinar juízes e advogados à linguagem de proteção dos direitos humanos, documentar violações de direitos humanos, promover a *accountability governamental*, *alterar a opinião pública e proteger grupos minoritários* (ERRC, *Interights*, MPG, 2004, p. 37). (CARDOSO, 2011, p. 367).

Fácil constatar, como se verá melhor nos próximos tópicos, que o papel do Ministério Público brasileiro, fixado a partir da CF/1988, permite inseri-lo dentre os atores habilitados e vocacionados à prática do *litígio estratégico de interesse público*,

voltado à provocar transformações sociais, enquadrando-se, então, no conceito de *human rights lawyering organization*⁴.

É que no contexto da realidade contemporânea, marcada pela complexidade do Estado e a superação do esquema clássico de tripartição de poderes (GARCÍA-PELAYO, 1995, p. 57-60), o Ministério Público passou não somente expressar um importante mecanismo para controle do exercício do poder e para encaminhá-lo à consecução dos valores superiores do ordenamento (BOURSAULT, 1993, p. 20-21), mas também a integrar-se a um conjunto institucional articulado em torno do Estado assistencial, e cuja missão estaria em tornar efetivos os princípios e direitos fundamentais em direção aos quais devem se orientar tanto à produção quanto à aplicação do ordenamento jurídico (PRADA, 1999, p. 164-165).

2 O Ministério Público Brasileiro como Agente de Transformação Social

Mesmo antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o papel do Ministério Público brasileiro já vinha sendo reforçado, com a tendência mundial no sentido de se buscar um acesso efetivo dos cidadãos à Justiça, movimento iniciado na

4 “A expressão designa múltiplas formas de organização de entidades voltadas à advocacia em matéria atinente aos direitos humanos, cuja identificação se pode extrair de um amplo panorama contido na publicação da ONG internacional IHRLG (2001), resultado de um amplo processo de consulta com entidades de vários países (IHRLG, 2001, p. 1).” (CARDOSO, 2011, p. 366-367).

segunda metade do século XX⁵, e que se refletiu nas iniciativas de reforma processual do direito brasileiro.

Com efeito, concretizaram-se previsões legislativas de intervenção do Ministério Público em instrumentos processuais para proteção de valores e bens de relevância social⁶, dentre os quais se destaca a atuação do Ministério Público nas ações integrantes do chamado sistema de proteção de interesses metaindividuais⁷, com a instrumentalização das chamadas ações

5 “O recente *despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça* levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às *reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’*, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘*enfoque de acesso à justiça*’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31, grifo nosso).

6 “Paulatinamente, o Legislativo conferiu novas funções ao MP. Além das codificações mencionadas (Código civil, processo civil, penal e processual penal), as seguintes leis previam a intervenção do MP: Lei do Mandado de Segurança (Lei 1.533/51, art. 10), Lei de Falência (Dec.-lei 661/45, art. 210), Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), Lei de Alimentos (Lei 5.478/68, art. 9.), Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), Leis de Acidentes de Trabalho (Lei 5.638/70, Lei 6.367/76 e Lei 8.213/91), dentre outros diplomas legais.” (MACHADO, 2007, p. 122).

7 “Em verdade, cabe salientar que hoje podemos contar com um regime integrado de mútua complementariedade entre as diversas ações exercitáveis na jurisdição coletiva: a ação civil pública recepcionou a ação popular, ao invocá-la expressamente no caput do art. 1.º da Lei 7.347/85; a parte processual do CDC (Título III da Lei 8.078/90) é de se aplicar, no que for cabível, à ação civil pública (art. 21 da Lei 7.347/85); outras ações podem ser exercitadas no trato de matéria integrante do universo coletivo (arts. 83 e 90 do CDC); finalmente, ‘fechando o circuito’, o CPC aparece como fonte subsidiária (CDC, art. 90; Lei 7.347/85, art. 19; LAP, art. 22).” (MANCUSO, 2003, p. 41).

coletivas, cuja pioneira no Brasil foi a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24/07/1985), entrando em vigor antes mesmo da Constituição de 1988.

Vale dizer, inicia-se um processo histórico de consolidação do Ministério Público brasileiro, como agente privilegiado e vocacionado ao manejo dos chamados *litígios estratégicos de interesse público*, que sofre uma efetiva hipertrofia com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a CF/1988, promulgada em 05/10/1988, é apontada como um marco jurídico da transição democrática e como instrumento de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, que, após um longo período de vigência de um regime ditatorial (1964-1984), “demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático ‘pós-ditadura’” (PIOVESAN, 2009, p. 28).

A doutrina constitucional brasileira⁸ realça a adequação da Carta Política de 1988 aos parâmetros do constitucionalismo

8 E.g.: “A Constituição Federal de 1988, que converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia, é certamente a principal referência da incorporação desta linguagem de direitos. [...] Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. [...]. Desta forma, enquanto valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação.” (CITTADINO, 2000, p. 12-19). “O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana

contemporâneo, pois o respectivo texto contempla a força expansiva da dignidade humana e dos direitos fundamentais, concebidos como *parâmetros axiológicos* orientadores da compreensão do *fenômeno constitucional*.

Nesse contexto, deve-se ressaltar o papel reservado ao Ministério Público na Constituição de 1988, “dentro do processo de democratização das relações políticas, jurídicas, econômicas e estatais” (MACHADO, 2000, p. 142), que recebeu um “desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1.039).

O Ministério Público brasileiro, a partir da Carta Política de 1988, passou a situar-se “no epicentro dessa transformação do tradicional papel do Estado e do Direito” (STRECK, 2010, p. 184), na medida em que, recebendo uma condição praticamente análoga à de um dos Poderes do Estado, foi dotado de funções e meios para converter-se em agente qualificado na busca da efetividade da pauta de valores constitucionalizados, tendentes

e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.” (PIOVESAN, 1997, p. 315). “Deve-se, no entanto, reconhecer que a Constituição [...] constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a *Constituição federal*, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo geral.” (SILVA, 2002, p. 89).

à concretização dos princípios fundamentais, embasados, dentre outros valores, na cidadania e na dignidade da pessoa humana⁹ e tendo como objetivo central a redução das desigualdades materiais¹⁰.

Na mesma ordem de ideias, e avaliando o papel da instituição sob a perspectiva do *neoconstitucionalismo*, Gregório Assagra de Almeida (2010) destaca que, a partir das novas atribuições que recebeu com a CF/1988, o Ministério Público converteu-se em “instituição de fundamental importância para a transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito” (ALMEIDA, 2010, p. 26).

3 O Ministério Público na CF/1988 e os Respektivos Princípios Reitores

A Constituição Federal brasileira de 1988 contempla a regulação do Ministério Público em um capítulo intitulado *Das Funções Essenciais à Justiça*, que por sua vez integra o título IV (*Da Organização dos Poderes*). Vale dizer, após disciplinar o regime constitucional do Poder Legislativo (artigos 49-75), do Poder Executivo (artigos 76-91) e do Poder Judiciário (artigos

9 CF/1988 – “Dos Princípios Fundamentais - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; [...]”

10 CF/1988 – Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

92-126), a regulação do Ministério Público (artigos 127-130-A) foi efetivada em tópico à parte, juntamente com a Advocacia Pública (artigos 131-132), a Advocacia e a Defensoria Pública (artigos 133-135).

Em seu art. 127, a CF/1988 apresentou a seguinte conceituação:

O Ministério Público é 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. (BRASIL, 1988).

No parágrafo 1º do art. 127 da CF/1988 foram fixados como princípios institucionais: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, que se consubstanciam nos princípios reitores da atuação do Ministério Público. No parágrafo 2º foi conferida, à instituição, *a autonomia funcional e administrativa*¹¹, além de se contemplar o regime de cargos, inclusive ingresso por concurso público. Mais outros quatro parágrafos (§§ 3º a 6º) complementam o dispositivo, tratando de questões orçamentárias e das respectivas condições para garantia da *autonomia financeira* da instituição.

Essa cláusula constitucional corporifica a premissa fundamental que serve de parâmetro para a definição da instituição do Ministério Público brasileiro, vinculando as conclusões sobre a

11 Em razão de tal autonomia pode o Ministério Público, por seu chefe e observadas regras orçamentárias (art. 169 da CF/1988), apresentar proposta ao Legislativo da criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, a serem providos por concurso público, além da política remuneratória e dos planos de carreira.

sua *natureza jurídica*, seu *posicionamento no âmbito da estrutura estatal*, sua *identidade institucional*, sua *estrutura orgânica* suas *funções, garantias e vedações e seus princípios reitores*.

O primeiro dos princípios reitores referidos na CF/1988, o princípio da unidade, que expressa uma ideia de coesão do Ministério Público brasileiro, quer significar que a instituição, nessa sua unicidade, encontra-se integrada por seus membros em um só órgão, sob a chefia do Procurador-Geral.

Assim, apesar de existirem diferentes Ministérios Públicos (uns vinculados à União e os outros a cada um dos Estados Federados), não se podendo conceber uma unidade orgânica de toda instituição, é certo que, respeitada a autonomia de cada um¹², seria possível falar em pontos de contato, extraídos do princípio da unidade. Tais pontos permitem que, em dadas circunstâncias, a atuação de um possa ser aproveitada ou exercida pelo outro, conforme já entendeu o Supremo Tribunal Federal¹³. Essa lógica

12 Essa posição foi reforçada em recente decisão do STJ (AREsp 144892), através da qual “a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu que os Ministérios Públicos dos Estados são parte legítima para atuar autonomamente perante a Corte. Seguindo voto do relator, ministro Mauro Campbell Marques, a Seção reconheceu que o entendimento até então vigente, que dava exclusividade de atuação ao Ministério Público Federal, cerceava a autonomia dos MPs estaduais e violava o princípio federativo.” Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/portal>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

13 “[...] 2. *O Ministério Público nacional é uno* [art. 128, I e II, da Constituição do Brasil], compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados. 3. No exercício das atribuições previstas nos artigos 109, § 3º da Constituição e 78 e 79 da LC n. 75/93, *o Ministério Público estadual cumpre papel do Ministério Público Federal*. [...] A propósito, a observação de José Afonso da Silva: ‘a instituição do Ministério Público abrange todos os Ministérios Públicos ali indicados. Realmente, a pretensão da unidade nesse sentido já constava na Exposição de Motivos da comissão elaboradora dos estudos e do anteprojeto de

expressa a concepção do Ministério Público como instituição nacional.

O princípio da indivisibilidade, que é identificado como um corolário do princípio da unidade, buscando a respectiva concretização, permite a substituição recíproca entre os membros da instituição em sua atuação processual dentro da mesma função, “não de uma maneira arbitrária, senão nos casos legalmente previstos (promoção, remoção, aposentadoria, morte, etc.) sem que isso constitua qualquer alteração processual” (PAES, 2003, p. 184).

Manifestando-se no plano da atuação típica da atividade finalística dos membros do Ministério Público, o princípio da independência funcional expressa a repulsa à hierarquia. Isso, porque afasta a possibilidade de subordinação de cada membro do Ministério Público, quando no exercício de suas atividades finalísticas, em relação a outros membros ou órgãos da mesma carreira, inclusive do próprio Chefe da Instituição.

Tem por finalidade, tal princípio, garantir que se possa atuar livremente, realizando as opções adequadas diante de cada situação concreta com a qual se defronte o membro do MP, ao exercer suas atribuições típicas, em atenção somente à lei e às respectivas interpretações que julgue mais apropriadas para condução de suas opções.

que resultou a LC 40/1981, segundo a qual o Ministério Público é, em seus delineamentos básicos, uma só instituição, quer atue no plano federal, junto à justiça comum ou especial, quer no plano dos Estados, Distrito Federal e Territórios” (SILVA, 2007, p. 595).” (MS 26690, Min. EROS GRAU, grifo nosso).

Por fim, e concluindo este tópico, cabe destacar que a propalada independência, conferida ao Ministério Público brasileiro, *expressa a conjugação, a partir da conceituação constitucional e finalidades conferidos à instituição, do conjunto de princípios reitores, garantias e vedações que terminam por configurar um órgão*, como já salientou (RTJ 147/129-30) o então Ministro do STF Sepúlveda Pertence:

Cercado do contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania. (MORAES, 2011, p. 627).

4 O Princípio Constitucional da Independência Funcional do Ministério Público: Contornos e Limites

É relevante e significativo o fato de que o tema da independência ou autonomia do Ministério Público encontra-se positivado no Brasil, como visto acima, sob a forma de princípios constitucionais.

Nesta perspectiva, a compreensão dos princípios constitucionais pertinentes à independência e autonomia do Ministério Público não prescinde da respectiva contextualização à luz de alguns instrumentos forjados no contexto da jurisdição constitucional contemporânea, identificada por vários estudiosos como *neoconstitucionalismo*, como salienta Miguel Carbonell (2010)¹⁴.

¹⁴ Este autor destaca que a novidade que marca e caracteriza este fenômeno é o fato de que, neste início do século XXI, opera-se a sua efetiva concretização no Estado

Além disso, a ideia do *neoconstitucionalismo*, como contemplada no cenário dos debates e estudos atuais, liga-se a outras duas: do *pós-positivismo*¹⁵, que expressaria a designação dada às novas tendências críticas ao positivismo jurídico formalista; e da *nova hermenêutica constitucional*, cuja existência, ligada à noção de princípios constitucionais, assenta-se em um conjunto de relações com a teoria dos direitos fundamentais, e cuja edificação estaria embasada no princípio da dignidade humana.

Observa-se, no ponto, a pertinência dos temas do *neoconstitucionalismo*, *pós-positivismo* e *nova hermenêutica constitucional*, para melhor compreensão do princípio da independência funcional do Ministério Público brasileiro, incorporado na CF/1988. Para tal finalidade, devem ser

Constitucional, valorizando-se a combinação de três elementos pré-existentes (*textos constitucionales, practicas jurisprudenciales y desarrollos teóricos*), cuja dinâmica teórica e prática explica o conteúdo e significado do termo. (CARBONELL, 2010, p. 153-158).

¹⁵ “Uno de los signos característicos de la filosofía y la teoría del derecho de la hora presente consiste en la aparición de una serie de doctrinas que poseen en común el propósito de enmendar las principales críticas avanzadas frente al positivismo jurídico formalista. Estas tendencias que, convencionalmente, se suelen designar como postpositivistas, han contado también con significativos representantes en la cultura jurídica española actual. Uno de los focos de recepción e irradiación de las actuales tendencias del postpositivismo jurídico es, sin resquicio a duda, el núcleo de iusfilósofos formados en torno al magisterio de Gregorio Peces-Barba en la Universidad Carlos III de Madrid [...]. Peces-Barba ha considerado necesario superar el formalismo kelseniano mediante los estímulos intelectuales de Bobbio, Hart y Ross. Esa directriz científica se ha prolongado en sus más allegados discípulos en los que la apertura y, en cierto modo, la corrección del iuspositivismo formalista, se ha operado a partir del reconocimiento de la dimensión de ‘facticidad’ del derecho, encarnada en la función del poder político en las sociedades democráticas. Al propio tiempo, la necesidad de fundar el sistema jurídico en valores y, en particular, en los derechos fundamentales [...]” (PÉREZ LUÑO, 2007, p. 197).

realçados três aspectos relacionados ao tema: a *normatividade dos princípios*¹⁶, a *interpretação concretizadora*¹⁷ e a *técnica da ponderação*¹⁸.

Pois bem, como salientado no tópico anterior, o *princípio da independência funcional* expressa a repulsa à hierarquia no exercício de atividades finalísticas dos membros da instituição, buscando garantir uma atuação livre de pressões indevidas, ao exercer suas atribuições típicas (e.g.: propor uma ação penal,

16 “Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna Dogmática Constitucional, indispensável para a superação do Positivismo legalista, onde as normas se cingiam as regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 108-109).

17 “Se trata principalmente de los procedimientos interpretativos (en sentido lato) que se aplican a las disposiciones constitucionales que expresan – no ‘reglas’, sino ‘principios’ [...]. En efecto, la gran parte de las disposiciones constitucionales ‘sustantivas’, utilizadas por los jueces constitucionales en las decisiones sobre la legitimidad constitucional de las leyes, no expresan reglas precisas, sino principios generales, los cuales exigen: por un lado, un trabajo de ‘concretización’, para ser aplicados a controversias concretas [...]; por otro lado, una estrategia de ‘ponderación’ o ‘balanceamiento’, siempre que entran en conflicto uno con el otro [...]” (GUASTINI, 2010, p. 73).

18 “[...] en el derecho constitucional alemán la ponderación es una parte de aquél, que postula un principio general. Ese principio general es el principio de proporcionalidad, que consta de tres subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de la optimización. Los derechos fundamentales, como principios, son mandatos de optimización. Como mandatos de optimización los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas.” (ALEXY, 2010, p. 111).

lançar uma manifestação como *custos legis* em um processo na área cível, recorrer de uma sentença etc.), em atenção somente à lei e às interpretações que julgue mais apropriadas para condução de suas opções.

Observe-se que, reforçando o conteúdo de tal princípio, a CF/1988, em seu art. 85, II, definiu como crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra o *livre exercício* do Ministério Público.

Entretanto, deve-se destacar que cabe ao Procurador-Geral do Ministério Público o exercício de chefia das *atividades-meio*, tipicamente administrativas (resolução de conflito de atribuições entre membros, imposição de medidas disciplinares, etc.), em relação às quais, aí sim incidindo a hierarquia, os membros do Ministério Público devem obediência.

Além disso, essa relativa liberdade de que goza o membro do Ministério Público brasileiro busca garantir uma atuação livre de pressões indevidas, esboçando uma proteção contra, por exemplo, poderosas forças econômicas e/ou políticas, que tentem desviá-lo do âmbito da legalidade, para satisfação de ilegítimos interesses pessoais, políticos, financeiros, etc. Nessa ordem de ideias, Jatahy (2008) afirma o seguinte:

Princípio mais importante da Instituição, a independência funcional preconiza que os membros do Parquet, no desempenho de suas atividades, não estão subordinados a nenhum órgão ou poder, mas somente à sua consciência, devendo sempre fundamentar suas atuações processuais – CF art. 129, VIII; Lei 8.625/93 art. 43, III. (JATAHY, 2008, p. 131).

Não se pode deixar de observar, no ponto, que os contornos do princípio da *independência funcional*, reitor da atuação do Ministério Público brasileiro revelam de forma explícita que o membro do Ministério Público exerce uma parcela da soberania estatal ao adotar decisões para defesa do interesse público. Não por outra razão, a doutrina brasileira classifica os membros do Ministério Público como agentes políticos¹⁹.

Além disso, esse princípio, incidente diretamente em cada membro da instituição do Ministério Público, encontra-se em consonância com uma ideia típica do neoconstitucionalismo, no contexto da chamada *teoria da argumentação*, pela qual, diante de um problema concreto com o qual se defronta o intérprete da lei, “muitas vezes, não haverá *uma* resposta certa, mas um conjunto de soluções plausíveis e razoáveis” (ATIENZA, 2002, p. 40 *apud* BARROSO, 2011, p. 366).

Não significa isso dizer, entretanto, que se possa conferir ao princípio da *independência funcional* um alcance absoluto, de molde a pretender que a sua incidência afaste a convivência harmônica com os demais princípios aos quais deve ater-se o membro do Ministério Público no exercício de suas atividades típicas.

Vale dizer, o recurso à *independência funcional* não pode desprezar a necessidade de se conceber que, nada obstante a sua

19 “E por conta da independência funcional, os membros do Ministério Público são classificados como ‘agentes políticos’. Não são funcionários públicos em sentido estrito, pois possuem atribuições constitucionais (que desempenham com poder decisório) e integram os mais altos escalões do estado (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, 1985).” (SANTOS; MAURÍCIO, 2012, p. 717).

intrínseca abertura de conteúdo, o interesse público possa ser aferido de maneira descontextualizada dos demais princípios de observância obrigatória para o Ministério Público, como a unidade e indivisibilidade da instituição, a segurança jurídica, a legalidade, a eficiência, a razoabilidade, etc.

Nesse ponto, vale destacar a existência de uma tensão entre o princípio da independência funcional e os outros dois princípios reitores da atuação do Ministério Público (*unidade e indivisibilidade*), derivada da incidência da hierarquia. Como lembra Emerson Garcia (2008, p. 56), enquanto o primeiro repudia a ideia de hierarquia os outros dois estão com ela intimamente relacionados, resultando em uma incompatibilidade de difícil solução.

Desta forma, o referido autor, após destacar que a opção do constituinte brasileiro (CF/1988, art. 127, § 1º) foi pela adoção de um critério híbrido, adotando-se a unidade e indivisibilidade (relacionadas à *hierarquia*) e, ao mesmo tempo, a independência funcional de seus membros (repudiando-se a *hierarquia* neste ponto), conclui que “quanto maior for a independência funcional dos membros do Ministério Público, menor será a unidade da instituição” (GARCIA, 2008, p. 57), pois seriam ilegais quaisquer atos dotados de coerção que intentem “uma uniformização de atuação – ressalvadas as recomendações destituídas de imperatividade”.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que a única alternativa possível para efetiva compreensão e aplicação do princípio da

independência funcional do membro do Ministério Público brasileiro deriva da constatação da respectiva natureza instrumental, que se pode alcançar no contexto dos conceitos e instrumentos do constitucionalismo contemporâneo referidos acima.

Além disso, resta uma breve referência a instrumentos que, além de revelarem a natureza relativa da *independência funcional* do membro do Ministério Público, podem viabilizar a respectiva incidência harmônica com outros princípios, especialmente com os princípios da *unidade e indivisibilidade* da instituição.

Nesta perspectiva, é certo que existem mecanismos estabelecidos no âmbito infraconstitucional: LOMPU (Lei Complementar nº 75/1993) e na LONMP (Lei Federal nº 8.625, de 12/02/1993), Código de Processo Penal, dentre outros, aptos a garantir alguns parâmetros pelos quais devem guiar-se os membros do Ministério Público, especialmente em relação à realização de opções em sintonia com as tendências já consolidadas no âmbito de atuação da própria instituição do Ministério Público.

Com efeito, e sem pretender realizar uma avaliação exaustiva, basta referir ao fato de que tanto o MPU (MPF, MPT, MPM e MPDFT) quanto os MPEs, foram organizados com a criação de órgãos colegiados direcionados à obtenção de uma atuação o tanto quanto possível uniforme, em atenção à segurança jurídica que deve nortear a atuação de qualquer instituição do Estado e, especialmente aquelas que, como o Ministério Público, são dotadas de grande importância na atividade de proporcionar

um equilíbrio entre os Poderes, para tornar efetivos os valores constitucionalizados.

Pois bem, além da existência da Chefia em cada Ministério Público, são previstos órgãos que, grosso modo, poderiam ser assim relacionados: o Conselho Superior (MPU e MPEs); o Colégio de Membros do Ministério Público (MPU e MPEs); a Corregedoria (MPU e MPEs); as Câmaras e Coordenação e Revisão (MPU); além dos cargos ocupados pelos membros do Ministério Público atuando em primeiro grau de jurisdição e diante dos Tribunais colegiados (MPU e MPEs).

Em apertada síntese, para não extrapolar os limites deste trabalho, basta considerar que a atuação conjunta e harmônica de todos esses órgãos do Ministério Público, concebidos para dar unidade à atuação institucional em busca de um imprescindível parâmetro de segurança jurídica, deve ser alcançada a partir da conjugação de esforços de coordenação das atividades típicas dos membros, preservando-se, ao máximo, os princípios da *independência funcional* e da *unidade e indivisibilidade*, dentre outros, com parâmetro em técnicas da nova hermenêutica constitucional.

Com efeito, o tema insere-se no contexto da normatividade dos princípios, e particularmente princípios de *status* constitucional, os quais, em sua aplicação concreta, muitas vezes encontram-se, diante de dadas situações, em rota de colisão e, portanto, exigem a utilização da técnica da ponderação, que se “socorre do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para

promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito” (BARROSO, 2011, p. 362).

Nessa linha, Emerson Garcia (2010, p. 57-79) analisa o tema do exercício da atividade funcional do membro do Ministério Público diante da avaliação e definição de sua atribuição. Assim, após destacar a existência de fundamentos jurídicos nas leis de regência respectivas (LOMPU – art. 49, VIII e LONMP – art. 10, X), para que o chefe da instituição possa definir, no caso de um conflito positivo ou negativo de atribuições, qual membro deve atuar, defende que o Procurador-Geral seria legitimado, inclusive, para determinar, concebendo a existência de interesse público, a intervenção ou atuação do membro em caso de omissão ou recusa deste em fazê-lo.

Conclui esse autor, então, que, no caso, a “declaração de atribuição é um *minus* em relação ao conflito, inexistindo qualquer distinção axiológica entre ambas, mas tão somente a presença de uma única manifestação ministerial ao invés de duas” (GARCIA, 2010, p. 77).

Tomando como parâmetros a Lei da Ação Civil Pública (LACP), em seu art. 9º, § 4º e o Código de Processo Penal, art. 28, Mazzilli (2012, p. 74) afirma que não há quebra da *independência funcional* “quando o membro do Ministério Público recebe a determinação de propor a ação pública”, seja civil ou penal, respectivamente, “em decorrência da revisão do arquivamento do inquérito policial ou inquérito civil”, realizada pelo órgão

competente, por lei, para adoção da decisão final: Procurador-Geral ou Conselho Superior do Ministério Público.

No caso, assim como ocorre com a Magistratura na hipótese de reforma da sentença pelo Tribunal, vinculando o juiz de 1º grau, o órgão de cúpula da instituição do Ministério Público é que, este sim, age com independência funcional. Tal linha de raciocínio, aliás, já foi contemplada em decisão do STF²⁰.

Em coerência com as afirmativas acima, é válido afirmar, com Emerson Garcia (2010, p. 78-79), que é legítima, ao Procurador-Geral, a edição de atos orientadores dos membros do Ministério Público “quanto à posição a ser seguida em determinadas situações em que é ordinariamente divisada a presença do interesse público justificador da atuação ministerial”. Isso, porque a definição de atribuições dos membros da instituição situa-se no plano administrativo funcional e reclama incidência do *princípio da unidade* em harmonia com o caráter instrumental da *independência funcional* que, “em última *ratio*, é prerrogativa afeta à missão institucional do Ministério Público [...]”.

20 “À luz de copiosa jurisprudência do STF, no caso de inquérito para apuração de conduta típica em que a competência originária seja da Corte, o pedido de arquivamento pelo PGR não pode ser recusado. Na hipótese dos autos, o PGR requerera, inicialmente, o arquivamento dos autos, tendo seu sucessor oferecido a respectiva denúncia sem que houvessem surgido novas provas. Na organização do Ministério Público, vicissitudes e desavenças internas, manifestadas por divergências entre os sucessivos ocupantes de sua chefia, não podem afetar a unicidade da instituição. A promoção primeira de arquivamento pelo *Parquet* deve ser acolhida, por força do entendimento jurisprudencial pacificado pelo STF, e não há possibilidade de retratação, seja tácita ou expressa, com o oferecimento da denúncia, em especial por ausência de provas novas.” (Inq 2.028, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 28-4-2004, Plenário, DJ de 16-12-2005).

Nessa perspectiva, uma repercussão prática relevante no debate da atuação do Ministério Público brasileiro atualmente e que suscita reflexões importantes quanto ao tema aqui analisado, que comporta o exercício dos chamados *litígios estratégicos de interesse público*, é apresentada por Walter Paulo Sabella (2007). E consiste na necessidade de conciliação entre os *planos de metas e atuação* adotados pelas chamadas Administrações Superiores do Ministério Público, com vistas a uma atuação mais eficiente da instituição, e a *independência funcional* dos respectivos membros.

A indagação que se formula é a seguinte: os membros da instituição poderiam se recusar a participar de tais programas com fundamento na independência funcional?

Após utilizar-se de uma sólida argumentação permeada por elementos de natureza conceitual²¹ e de contextualização evolutiva do Ministério Público brasileiro²², o referido autor apresenta

21 “Da incidência do princípio da independência funcional sobre o agir do membro do Ministério Público decorrem os seguintes principais efeitos, conforme assinalam os autores em geral: a) impossibilidade de haver sujeição hierárquica entre os membros e o Chefe da Instituição, exceção feita ao âmbito administrativo, sem qualquer chance de que a relação hierarquizada se estenda à seara técnico-funcional; b) impossibilidade de serem responsabilizados por equívocos de atuação no estrito exercício de suas funções, salvo hipóteses de culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.” (SABELLA, 2007, p. 02-03).

22 E esse estudo nos leva a constatar que o princípio surgiu no ordenamento constitucional em 1988, porém preexistia no campo infraconstitucional, pois já era localizado, como antes visto, na Lei Orgânica Nacional de 1981. [...] Ora, o Ministério Público, nesse quadrante temporal da história, tinha predominantemente funções de custos legis, ou de parte meramente interveniente, [...]. Não lhe competia defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis; não presidia o inquérito civil, nem promovia a ação civil pública; não era responsável, na escala e no espectro em que hoje o é, pela defesa do patrimônio público, histórico, turístico, artístico e paisagístico, do meio ambiente, da habitação e urbanismo, do consumidor, dos portadores de necessidades especiais,

resposta negativa à indagação referida. Com efeito, afirma que não se poderia admitir um resultado absurdo à interpretação do princípio instrumental da *independência funcional*, que resultasse em conferir caráter absoluto a tal princípio, prevalecendo mesmo como fator impeditivo *do aprimoramento dos serviços estatais*.

Além disso, tem-se que a submissão do Ministério Público brasileiro a um conjunto amplo de princípios constitucionais, não apenas àqueles institucionais, impõe a utilização da técnica de ponderação, por exemplo, quando em jogo a *independência funcional* e o *princípio constitucional da eficiência* (CF/1988 - art. 37). Isso, particularmente na concretização de planos de metas institucionais, a fim de privilegiar, nessa atividade, aqueles resultados que contemplem a máxima eficácia em garantir a efetividade dos direitos fundamentais, concretizadores do Estado Social e Democrático de Direito.

dos idosos, dos excluídos; não presidia audiências públicas. Na área criminal, era-lhe desconhecido o diuturno combate ao crime organizado, aos cartéis, à lavagem de dinheiro em suas múltiplas formas, tudo isso em amplitude transnacional, com suporte nas tecnologias digitais e nas facilidades das comunicações instantâneas entre continentes separados por oceanos e milhares de quilômetros. [...] Alguns outros signos lingüísticos e suas novas polissemias também eram enigmas do oráculo, tais como globalização, marcos regulatórios e tantos outros. Ora, ninguém podia dizer ao promotor o que fazer dentro de um processo e ninguém pode dizê-lo ainda hoje. Mas, daí não se segue, em face das metamorfoses cotidianas do mundo, que não possa ou não deva o Estado, com amparo na lei, com a participação dos próprios promotores, traçar objetivos e diretrizes que tornem sua atividade prestacional mais consentânea com as necessidades de seus súditos.” (SABELLA, 2007, p. 04-05).

5 Conclusões

O papel do Ministério Público brasileiro, fixado a partir da CF/1988, permite inseri-lo dentre os atores habilitados e vocacionados à prática do *litígio estratégico de interesse público*, voltado a provocar transformações sociais, enquadrando-se a instituição, então, no conceito de *human rights lawyering organization*²³.

Com efeito, o Ministério Público brasileiro, a partir da Carta Política de 1988, assumiu uma condição inédita na transformação do tradicional papel do Estado e do Direito, recebendo uma condição praticamente análoga à de um dos Poderes do Estado. Ou seja, foi dotado de funções e meios para converter-se em

23 “Para um panorama das múltiplas formas de organização de entidades voltadas à advocacia em direitos humanos, conferir a publicação da ONG internacional IHRLG (2001), resultado de um amplo processo de consulta com entidades de vários países. *[T]he term ‘human rights lawyering’ is intended to convey a traditional concept of poverty lawyering as well as modern conception of lawyering on behalf of universally recognized human rights. It describes a broad range of human rights lawyering for the poor, the powerless and other marginal populations. The action taken by human rights lawyers may be legal – including such actions as impact or test litigation, advice, counseling, referral, or legislative advocacy - but recognizes that many organizations, using a more holistic approach, include community service referrals, education programs, media and other extralegal approaches in their strategies. ‘Human rights lawyering organizations’ include traditional legal aid organizations providing legal assistance to those who cannot afford to hire private counsel or cannot access private counsel for political or other reasons, as well as human rights organizations employing specific legal strategies to promote human rights and justice. Under this definition, governmental and non-governmental organizations can be considered human rights lawyering organizations. The term thus includes, but is not limited to, organizations identified as legal aid organizations, public defender or public interest offices, human rights non-governmental organizations (NGOs), issue-focused NGOs, or NGOs representing a particular constituency’ (IHRLG, 2001, p. 1)” (CARDOSO, 2011, p. 366-367, grifo nosso).*

agente qualificado na busca da efetividade da pauta de valores constitucionalizados, tendentes à concretização dos princípios fundamentais, embasados, dentre outros valores, na cidadania e na dignidade da pessoa humana²⁴ e tendo como objetivo central a redução das desigualdades materiais²⁵.

Em poucas palavras, a instituição do Ministério Público passou a ser dotada de um poder/dever irrenunciável direcionado à transformação da realidade social, no contexto da concretização dos valores do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o *princípio da independência funcional*, contemplado no art. 127, § 1º da CF/1988, expressa a repulsa à hierarquia no exercício de atividades finalísticas dos membros da instituição, buscando garantir uma atuação livre de pressões indevidas, ao exercer suas atribuições típicas (e.g.: propor uma ação penal, lançar uma manifestação como *custos legis* em um processo na área cível, recorrer de uma sentença etc.), em atenção somente à lei e às respectivas interpretações que julgue mais apropriadas para condução de suas opções. Nesse cenário, o princípio da *independência funcional* chega a ser apontado

24 CF/1988 – “Dos Princípios Fundamentais - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; [...]”

25 CF/1988 - Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

pela doutrina brasileira como o principal princípio que regula a instituição.

Entretanto, não se pode conferir a tal princípio um alcance absoluto, de molde a pretender que a sua incidência afaste a convivência harmônica com os demais princípios aos quais deve ater-se o membro do Ministério Público no exercício de suas atividades típicas.

Vale dizer, o recurso à *independência funcional* não pode desprezar a necessidade de se conceber que, nada obstante a sua intrínseca abertura de conteúdo, o interesse público possa ser aferido de maneira descontextualizada dos demais princípios de observância obrigatória para o Ministério Público, como a unidade e indivisibilidade da instituição, a segurança jurídica, a legalidade, a eficiência, a razoabilidade, etc.

Nesse ponto, vale destacar a existência de uma tensão entre o princípio da independência funcional e os outros dois princípios reitores da atuação do Ministério Público (*unidade e indivisibilidade*), derivada da incidência da hierarquia, de difícil conciliação, na medida em que apontam caminhos opostos: independência – hierarquia.

Sem embargo, tal conciliação somente pode ser alcançada, viabilizando uma atuação eficiente dos membros do Ministério Público brasileiro, inclusive no exercício dos *litígios estratégicos de interesse público*, a partir da efetiva compreensão e aplicação do princípio da *independência funcional*, de natureza

instrumental, extraída do contexto dos conceitos e instrumentos do constitucionalismo contemporâneo.

Vale dizer, tal princípio só existe, foi adotado e se mantém em vigor para que o Ministério Público possa desempenhar o seu papel de instituição essencial para o funcionamento do Estado Social e Democrático de Direito.

Desta forma, pode-se afirmar que o exercício eficiente dos *litígios estratégicos de interesse público* demanda uma compreensão adequada do *princípio da independência funcional*, que só pode ser obtida, nas situações concretas em que tal conclusão seja exigida, no contexto de uma atividade de hermenêutica constitucional harmonizadora de princípios, tendo como parâmetros: a) os demais princípios constitucionais, principalmente o princípio da unidade de atuação e; b) as finalidades essenciais da instituição do Ministério Público.

Vale ressaltar, por fim, que a submissão do Ministério Público brasileiro a um conjunto amplo de princípios constitucionais, não apenas àqueles institucionais, impõe a utilização da técnica de ponderação, por exemplo, quando em jogo a *independência funcional* e o *princípio constitucional da eficiência* (CF/1988 – art. 37).

Isso, particularmente na concretização de planos de metas institucionais, no seio das quais devem ser contempladas as iniciativas de *litígio estratégico de interesse público* por parte dos membros do Ministério Público brasileiro, a fim de privilegiar, nessa atividade, aqueles resultados que contemplem a máxima

eficácia em garantir a efetividade dos direitos fundamentais, concretizadores do Estado Social e Democrático de Direito.

Title: Strategic Litigation of Public Interest and the Public Prosecutor's Office: Reflections Over the Instrumental Nature of Occupational Independence

Abstract: This paper presents reflections on the efficiency of the Brazilian Prosecutors' work, focusing the proper understanding of the functional independence rule, to carry out its duties set out in the Brazilian Constitution (1988). The strategic litigation is presented as a differentiated practice of litigation, which selects paradigmatic cases that are filed in Court aiming to achieve social change through the jurisprudence transformation and the creation of new precedents, seeking legislative and public policies changes. The Brazilian Prosecutors presents themselves as legitimate and qualified agents for such disputes, in view of their role as agents of social change set from the current Constitution. Thus, according to contemporary theories of constitutional law regarding the expected efficiency to the Brazilian Prosecutors' role, its work must include and handle concepts and techniques of strategic litigation, towards a better understanding of the functional independence rule.

Keywords: Prosecutors. Strategic litigation of public interest. Constitutional principles. Functional independence rule.

Referências

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Tradução do alemão: David García Pazos e Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Trotta, 2010. p. 106-116.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público: atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17-59.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-135.

BOURSAULT, Leopoldo Torres. La división de poderes en la España de hoy. *Revista Sistema*, Madrid, n. 117, nov. 1993.

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

_____. 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.

_____. 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*, Brasília, DF, 21 maio 1993.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

_____. 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*, Brasília, DF, 15 fev. 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução para o português: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: _____; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 153-164.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Ciclo de vida do litígio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais. *Revista Eletrônica del Instituto de Investigaciones 'Ambrosio L. Gioja'*,

Buenos Aires, ano 5, número especial, p. 363-378, 2011. Disponível em: <www.derecho.uba.ar/revistagioja/>. Acesso em: 22 nov. 2012.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GARCIA, Emerson. Ministério Público: essência e limites da independência funcional. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 62-82.

_____. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporaneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1995.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, n. 14, p. 153-176, 2. semestre 2004.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de principios institucionais do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal interpretada*. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público: organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação Popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. 5. ed. Madrid: Tébar,

2007.

PIOVESAN, Flávia. Desenvolvimento histórico dos direitos humanos e a Constituição de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PRADA, Ignacio Flores. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

SABELLA, Walter Paulo. Independência funcional e ponderação de princípios. *Revista Justitia*: Associação do Ministério Público de São Paulo, [São Paulo], 2007. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/links/artigos2.php>>. Acesso em: 20 out. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. O Ministério Público e jurisdição constitucional na maioria da Constituição: uma questão de índole paradigmática. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 183-212.

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

SILVA, Dicken William Lemes. Litígio estratégico de interesse público e Ministério Público: reflexões sobre a natureza instrumental da independência funcional. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 73-108, 2013. Anual.

Submissão: 25/04/2013

Aceite: 18/06/2013

Motivação das Decisões Judiciais: uma Leitura na Perspectiva do Estado Democrático

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

Procuradora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília.

Resumo: A pesquisa versa sobre o princípio da motivação das decisões judiciais na perspectiva do Estado Democrático, considerando a sua relevância para a estrutura deste paradigma de Estado, enquanto mecanismo de controle endoprocessual e extraprocessual. A motivação das decisões registra imprescindibilidade para acionar a engrenagem de informação difusa da população, quanto aos argumentos utilizados pelos juízes nas suas decisões, possibilitando o controle social dos poderes públicos. Para tanto, a partir da revisão da literatura, a pesquisa estrutura-se realizando inicialmente um recorte histórico sobre a motivação das decisões, desde o Direito Romano até a contemporaneidade no âmbito internacional e brasileiro, abrangendo aspectos processuais civis e penais. O segundo momento é reservado para tratar das vertentes conceituais, objetivos, funções, estrutura, requisitos e princípios atinentes. Em seguida, busca-se trabalhar aspectos quanto à falta de motivação ou motivação deficiente.

Palavras-chave: Estado democrático. Motivação judicial. Controle endoprocessual. Controle extraprocessual.

Sumário: Introdução. 1 Recorte Histórico e Direito Comparado. 1.1 Direito Brasileiro. 1.2 Plano Constitucional. 2 Vertentes Conceituais, Estrutura e Requisitos. 3 Objetivos e Funções. 4 Princípios Atinentes ao Dever de Motivar. 5 A Falta ou Deficiência na Motivação. 6 Conclusão. Referências.

Introdução

A pesquisa tem por intuito apresentar o princípio da motivação das decisões judiciais, em traço descritivo, buscando

colaborar para a constante reflexão do tema junto aos operadores do direito e, particularmente, junto às instâncias de controle social, considerando que a existência do Estado Democrático está intimamente relacionada com a densidade informativa do povo, podendo, neste sentido, auxiliar para o desenvolvimento de uma cidadania ativa e solidária capaz de exercer o controle quanto ao exercício dos poderes públicos.

Este princípio deriva do Estado Democrático de Direito e, dada a sua importância, acha-se expressamente inscrito no texto constitucional. Não obstante a sua relevância para a caracterização deste modelo de Estado e a sua reafirmação na normativa infraconstitucional processual civil e penal, a partir do manuseio de processos em fase recursal, em tramitação nas Procuradorias de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, tem-se observado certo descuido quanto ao dever de fundamentar as decisões judiciais. A sua imprescindibilidade para a ordem jurídica e democrática requer uma constante integração com outros princípios do catálogo constitucional, a exemplo da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, do duplo grau de jurisdição, da imparcialidade e da discricionariedade do juiz, dentre outros.

Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 684), a dissonância entre o modelo garantista desenhado no texto constitucional e a sua operacionalização, corre o risco de mutação do dever de motivar as decisões, enquanto garantia constitucional, em uma mera

referência, exercendo, assim, uma simples função de categoria ideológica.

Verifica-se que o poder jurisdicional respalda-se num saber opinativo e provável. Contudo, é passível de controle pelas partes envolvidas, como pela sociedade e pelo campo do direito, ante a violação à lei ou equívocos à interpretação ou à subsunção ou por insuficiência de provas, ou apreciação inadequada no que toca ao convencimento (FERRAJOLI, 2002, p. 497), viés que, por si só, indica a relevância de reflexões sobre o tema.

1 Recorte Histórico e Direito Comparado

Tucci (1987, p. 33), ao pesquisar as fontes históricas do Direito Romano extraiu os seguintes fatos que sinalizam o período extraordinário como a época mais longínqua acerca da motivação das decisões judiciais:

- a) O imperador Constantino editou uma constituição que determinava a obrigatoriedade das sentenças, cíveis ou criminais serem lançadas publicamente, com as partes presentes.
- b) Os Imperadores Valentiano, Valente e Graciano, além de reafirmarem esta determinação fixaram a obrigatoriedade dos julgamentos serem realizados por escrito, buscando, nesse sentido, uma decisão expressa (ano 374).

A partir desses fatos, aliados à possibilidade de interposição de recursos contra decisões tidas como injustas, reconhece-se que, à época Justianeia, no âmbito da *cognitio extra ordinem*, as sentenças tinham motivação. Em reforço, sustenta que Calamandrei, ao

mencionar as fontes de Justiniano, ressalta a sentença por *error in iudicando* e casos de sentenças fundamentadas (TUCCI, 1987, p. 33).

A *appellatio* parcial é apontada como elemento de prova de que, no período extraordinário, havia a necessidade de motivação das decisões judiciais.

Após a segunda metade do século XVIII, as legislações ocidentais passaram a exigir dos juízes as razões de decidir, imposição abraçada pela Revolução Francesa, tanto na Lei de Organização Judiciária de 1790, quanto na Constituição do ano III. Em mesmo sentido, seguiu a Prússia, em 1793, e a península itálica, em face das reformas de 1774 e de 1788 (MOREIRA, 1978, p. 83).

No decorrer do século XIX, o dever de motivar as decisões judiciais esteve presente nas grandes codificações processuais. Chama-se, contudo, a observação quanto ao *status* normativo deste dever, ora integrando os Códigos Processuais, ora integrando a Carta Constitucional. Neste rol estão incluídas as Constituições da Itália, de 1948; da Bélgica, de 1831; as Constituições gregas de 1952 e de 1968 e, da Colômbia, Haiti, México e Peru. No Direito Argentino, o dever de motivar as decisões judiciais está contemplado na legislação ordinária e nas diversas Constituições das Províncias. No Direito Italiano, o dever de motivar está expresso na legislação processual e na Constituição Italiana (MOREIRA, 1978, p. 83).

No que toca ao Direito Anglo-americano, o costume tradicional de os juízes apresentarem as razões de decidir vem se generalizando nos países do *common law*. Anota-se que, neste modelo, os juízes ficam impossibilitados de lançarem todos os fundamentos das decisões, ante os riscos que podem comprometer o sistema sedimentado em precedentes (MOREIRA, 1978, p. 98).

Por esse motivo é que as Cortes Britânicas orientam-se por uma razão consequencialista, de modo que na fundamentação seja atribuído valor ao resultado que seja mais adequado como uma regra legal. Nos Estados Unidos, em que pese o esforço à construção do devido processo legal, não há preocupação quanto à discussão do tema. Neste sentido, as Cortes se restringem a declarar “desmotivadamente” ou se a decisão do órgão é confirmada ou reformada (MOREIRA, 1978, p. 98).

1.1 Direito Brasileiro

Até a independência do Brasil, a normatização prevalente era a de Portugal. E, mesmo após este fato histórico, o Brasil continuou a aplicar a legislação portuguesa, desde que não conflitasse com a soberania nacional (NOJIRI, 1998, p. 01).

Em mesma perspectiva, Barbosa Moreira (1978) informa que o dever de motivar as decisões tem raízes luso-brasileiras, notadamente no Código Filipino, na Ordenação do Livro III, Título LXVI, §7º, nos seguintes termos:

E para que as partes saibam se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, porque os

Juízes Inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, a qualquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar. (NOJIRI, 1998, p. 85).

O princípio em questão embasou o art. 232 do Regulamento nº 737, de 1850, que determinava a clareza da sentença e que o juiz sumariasse o pedido e a contestação com fundamentos respectivos. Com o sistema dual trazido pela Constituição de 1891, essa regra foi incorporada por diversos Códigos Processuais Estaduais (MOREIRA, 1978, p. 85).

A regra da motivação das decisões judiciais passou a integrar o Código de Processo Civil de 1939, em dois momentos. No art. 118, que fixava o dever do juiz de motivar o seu convencimento e no art. 280, quando determinava a clareza e precisão da sentença, devendo conter o relatório, os fundamentos de fato e de direito e a decisão (NOJIRI, 1998, p. 27-28).

O Código de Processo Civil em vigor, em várias oportunidades, determina a obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais, a exemplo dos artigos 131, 165, 458 e 385. De mesmo modo, a Lei nº 9.099 estabelece, em seu artigo 41 e no §3º do art. 81, a necessidade de motivação, em breve resumo, apontando os elementos de convicção, com dispensa de relatório (NOJIRI, 1998, p. 27-28). A Codificação Processual Penal, de mesmo modo, em diversos momentos fixa a obrigatoriedade da motivação da decisão judicial, a exemplo do art. 381, quando

elencar os elementos estruturantes de uma sentença, inserindo a motivação fática e de direito.

Observa-se que o contexto acima não deixa qualquer dúvida acerca da adoção pela ordem jurídica interna do princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões. Contudo, a partir do *status* constitucional conferido em 1988, o princípio tem sido alvo de reflexão sobre o seu conceito, objetivos e funções.

1.2 Plano Constitucional

Nery Júnior (2009, p. 284) sustenta que a elevação da obrigatoriedade da motivação das decisões ao patamar constitucional, conforme inciso IX do art. 93, é expressão do Estado de Direito, anterior ao texto constitucional.

Essa obrigatoriedade deve ser vista no plano dos princípios fundamentais de ordem pública, cabendo orientar a atividade estatal e a atividade jurisdicional, pois o Estado de Direito é o Estado que se justifica. Assim, qualquer intromissão no âmbito jurídico das pessoas, requer justificação (MOREIRA, 1978, p. 89). Nesse sentido é que esse princípio se expressa como garantia, atualmente constitucional, cujo propósito é impor ao autor da decisão o dever de apontar publicamente as razões de decidir, seja judicial, seja administrativa.

Nesta linha, o Estado de Direito é princípio estruturante que se acha em sinergia com os valores constitucionais, emoldurados na supremacia da Constituição, na separação dos poderes, no princípio da legalidade e nos direitos do homem (NOJIRI, 1998, p. 39). Sob esse enfoque é possível afirmar que o Estado de

Direito é o Estado Constitucional, com observância aos direitos e garantia individuais.

Buscando conceituar Estado de Direito e Estado Democrático, Nojiri (1998) destaca a reflexão de Vital Moreira e Canotilho (1991 apud NOJIRI, 1998, p. 53), expressa nos seguintes termos:

[...] o Estado de Direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado (pela sua formação e pelo seu conteúdo). O Estado democrático só o é genuinamente enquanto a sua organização e seu funcionamento assentam no direito e não na prepotência. (MOREIRA; CANOTILHO, 1991 apud NOJIRI, 1998, p. 53).

Salienta que o Poder Judiciário exerce função democratizadora da sociedade, na medida em que não está obrigado a julgar orientado por tendências políticas. Ele não apenas expressa o eventual direito da maioria, mas também das minorias. Nesta linha de raciocínio, a obrigatoriedade de motivar as decisões deriva dos princípios estruturantes, Estado de Direito e Estado Democrático (NOJIRI, 1998, p. 61). E esta derivação tem repercussão nas decisões judiciais, notadamente quanto às esferas processual civil e penal, tendo esta última reforço principiológico na individualização da pena.

2 Vertentes Conceituais, Estrutura e Requisitos

A motivação das decisões pode ser analisada em diversas perspectivas, a saber: como comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, sob a orientação da

imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais e a legalidade da decisão, em respeito ainda ao princípio constitucional da independência jurídica do magistrado e do princípio do livre convencimento motivado (NERY JUNIOR, 2009, p. 286).

A motivação dos atos decisórios afigura-se o instrumento material do processo de comunicação (signo linguístico), na medida em que expondo os motivos, o juiz comunica formalmente às partes as razões de decidir, bem como aos eventuais interessados e ao Tribunal *ad quem* (TUCCI, 1987, p. 12).

Tucci cita Cappelletti para sustentar que as verdadeiras razões de decidir não estão expressas na sentença, mas se encontram presentes no espírito do juiz. Sentimentos tais como “afetos, tendências, ódios, fanatismos, todas as variações advindas da alma humana, refletidos com ou sem disfarces nos repertórios jurisprudenciais” (CAPPELLETTI, 1969 apud TUCCI, 1987, p. 13).

A motivação de uma sentença é um discurso judicial, regulamentado pelo ordenamento jurídico, em que seu caminho lógico não discrepa das razões que, na vida cotidiana, são utilizadas para embasar um juízo moral (TUCCI, 1987, p. 13).

Nesta perspectiva, a motivação requer um trabalho intelectual de conteúdo crítico, lógico e metalógico (intuitivo), englobando, desta forma, reflexões de fato e de direito, das quais o julgador retira a sua decisão. A motivação representa e documenta o caminho lógico – intelectual seguido pelo juiz para chegar a sua decisão. Carnelutti arremata, afirmando que,

a motivação consiste na elaboração de um raciocínio suficiente para que a parte dispositiva de sua decisão seja compreendida por qualquer homem sensato (CARNELUTTI, 1925 apud TUCCI, 1987, p. 14).

A motivação da sentença deve conter, em linhas gerais, a exposição dos fatos importantes para o deslinde da causa e a expressão dos fundamentos de fato e de direito que embasam a decisão. Nesta linha de raciocínio, a estrutura segue uma operação lógico-psicológica do juiz, vale dizer, uma justificação do contexto fático e jurídico que determinam a individualização das razões de decidir (TUCCI, 1987, p. 16-17). A valoração dos elementos probatórios não deve ser singela, e sim indicada, devendo compor a motivação da sentença.

Assim, para Nery Júnior (2009, p. 286), fundamentar uma sentença significa que o magistrado deve apresentar as suas razões de fato e de direito que o levaram a decidir a causa daquela forma e, assim, a motivação tem reflexo substancial e não meramente formal.

Sobre o item estrutura, da motivação, Liebman (1983) conclui o seguinte:

[...] o que importa, somente, é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão do ponto de vista jurídico, lógico e de coerência, de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário, que se interpretam e se iluminam reciprocamente. (LIEBMAN, 1983, p. 80).

A doutrina contemporânea reconhece que, para que uma fundamentação seja admitida como válida e suficiente é necessário

que ela seja expressa, clara, coerente e lógica. Os motivos devem ser lançados de forma expressa, posto que constitui uma das funções do juiz interpretar a norma e aplicá-la ao caso concreto, restando viciada a decisão que deixar de apresentar os caminhos de interpretação e de aplicação da lei à hipótese ou quando o juiz se limita a mencionar atos realizados em outros processos. Contudo, é possível se fazer referência aos fundamentos de outros julgados, porém, sustentando outros próprios (TUCCI, 1987, p. 18), admitindo-se os seguintes tipos:

- a) *Motivação por relação* – é possível, desde que o juiz argumente ter feito próprias as razões adotadas pelo juiz inferior.
- b) *Motivação implícita* – não há necessidade de o magistrado analisar argumento por argumento, pois a motivação pode estar implícita.

A motivação deve ser inteligível, clara, longe de ambiguidades. De igual modo, a sua argumentação há de ser coerente, examinando as preliminares e após o mérito, requisito relevante para a economia processual (TUCCI, 1987, p. 20-21). Ainda, cabe ao magistrado conduzir-se pelos princípios que orientam a construção do pensamento racional. Assim, enquanto ato do conhecimento humano, necessita de análise lógica e convergente com as manifestações das partes e com o caderno probatório.

3 Objetivos e Funções

Tucci (1987, p. 116) analisa os objetivos da motivação assim planejados:

- a) *Subjetiva* – a motivação tem por intuito persuadir a parte sucumbente, apontando-lhe que o resultado da demanda foi a verdadeira aplicação da lei.
- b) *Técnica* – há preocupação de racionalizar a atividade jurisdicional, o que leva ao objetivo técnico da motivação. A técnica quanto ao lançamento das razões de decidir possibilita o exercício do controle crítico da sentença e dos limites do julgado. Para Calamandrei, a reprodução do *iter* lógico percorrido pelo juiz, permite verificar em qual momento o juiz se perdeu. Ainda, no plano técnico, a motivação tem por objetivo o aprimoramento e desenvolvimento do Direito por meio da jurisprudência.
- c) *Pública* – a motivação está no quadro dos direitos fundamentais que devem dirigir as atividades estatais e as atividades jurisdicionais. Trata-se de conferir garantia ao direito das partes de serem ouvidas e de verem as suas questões apreciadas pelo Poder Judiciário. A obrigatoriedade da motivação tem a força de conferir efetividade a outras garantias, a exemplo do direito à ampla defesa, à imparcialidade do juiz e à sua independência (MOREIRA, 1978, p. 116).

Barbosa Moreira e Nojiri atrelam as duas primeiras categorias de objetivos às funções denominadas endoprocessuais.

Enquanto que, em relação à categoria de ordem pública, ambos os autores fazem referência às funções extraprocessuais, ao argumento de que não é apenas o controle endoprocessual que deve ser garantido, mas também controle generalizado, sobre o entendimento dos juizes, o que significa que os destinatários da motivação não são somente as partes e seus advogados, mas, sobretudo, a opinião pública. Em outras palavras, se a garantia apresentar alguma falha, esta falha ameaçará a todos. Esse controle é importante para a confiança da tutela jurisdicional e, por sua vez, pode colaborar para o fortalecimento das instituições e coesão social, elementos de suma importância para o Estado de Direito (MOREIRA, 1978, p. 90).

Canotilho (2003, p. 667) sintetiza ao reconhecer que o dever de motivar as decisões judiciais respalda-se em três razões fundantes, quais sejam: a necessidade de controle da administração da justiça; a neutralização do caráter voluntário e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional, com a abertura de conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa e para aprimoramento das estruturas dos recursos manejados, permitindo precisão na indicação das disfunções de uma decisão judicial.

4 Princípios Atinentes ao Dever de Motivar

O princípio do livre convencimento está expresso no atual art. 131 do CPC. Informa que o julgador, ao apreciar o conjunto probatório tem a faculdade de analisá-lo livremente, a fim de se alcançar a solução mais justa. A apreciação será livre,

considerando, porém, os fatos constantes nos autos, mesmo que não alegados pelas partes, cabendo, porém, indicar na sentença as razões que formaram o seu convencimento.

O princípio não indica limites, o que conduz à ampliação das responsabilidades do julgador, dando margem às suas convicções pessoais de natureza política, religiosa, de clube, etc (MIRANDA, 1973, p. 380).

Para a construção do juízo fático, o princípio em evidência exerce papel de suma importância na seara da racionalização da valoração quanto aos elementos de convicção, contudo a discricionariedade da apreciação não exclui a adequada justificação (TUCCI, 1987, p. 103).

Outro princípio que merece destaque é o *uiri novat curia*. Esse princípio dispõe que uma vez apresentados os fatos, eles devem ser submetidos à normatização pertinente. Nesse sentido, o julgador poderá aplicar ao litígio normas jurídicas diversas daquelas apontadas pelas partes, bem assim pautar a decisão em argumentação jurídica não aventada nos autos, não caracterizando, nesta hipótese, julgamento *extra* ou *ultra petita*. Porém, a causa de pedir, sustentada em fatos apresentados pelo autor, não pode ser objeto de alteração pelo juiz, caso contrário, ele estaria decidindo a causa diversa daquela deduzida inicialmente (TUCCI, 1987, p. 105).

A motivação como elemento essencial da sentença é princípio que se encontra inscrito no art. 458 do CPC e no mencionado art. 381 do CPP. Aponta a motivação como elemento

essencial da sentença. É na fundamentação que o julgador apreciará as questões de fato e de direito, sustentando, com tais premissas, a conclusão impressa na parte dispositiva. Assim, numa análise criteriosa das questões preliminares ou prejudiciais e, quando houver possibilidade, o exame do mérito, o julgador apresentará os motivos da decisão. Ainda, segundo os dispositivos acima, a motivação afigura-se requisito substancial dos pronunciamentos que encerram a prestação jurisdicional (TUCCI, 1987, p. 107).

Dentre os princípios imbricados à motivação das decisões, tem-se o princípio da publicidade que busca assegurar o controle externo e interno das atividades jurisdicionais. E na órbita do processo penal, determina que os procedimentos de aferição da responsabilidade penal devem ocorrer sob o manto da transparência e do controle da opinião dos cidadãos, especialmente do acusado e do seu respectivo defensor. Ferrajoli (2002, p. 493) salienta que a publicidade é uma das mais importantes inserções contra o segredo, porquanto ela garante a eficácia dos testemunhos, favorecendo, desta forma, a veridicidade e a probidade dos juízes, afigurando-se um freio no poder de julgar, oportunizando a expressão de um sentimento cívico e reforça a independência dos magistrados, com neutralização dos vínculos hierárquicos e corporativos.

5 A Falta ou Deficiência na Motivação

Conforme salientado anteriormente, a motivação é exigida para toda decisão exarada pelo Poder Judiciário, seja administrativa ou jurisdicional, de 1º grau e as prolatadas em

instâncias superiores que tenham conteúdo decisório e com potencialidade lesiva. Portanto, somente os despachos de mero expediente estariam fora desta obrigatoriedade, ante a ausência de conteúdo decisório (NERY JUNIOR, 2009, p. 287). Assim, os artigos 273 e 461 do CPC, determinam que a decisão do juiz em tutela antecipada deva ser fundamentada, exigência também consagrada para os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, conforme art. 76 e §3º do art. 81.

Na esfera processual penal, de mesmo modo, o texto normativo do art. 381 do CPP fixa com um dos elementos da sentença a motivação fática e de direito em que se respalda a decisão, em consonância com o comando constitucional.

Quanto à decisão no âmbito da Administração Pública, salienta-se que o princípio da legalidade administrativa decorre do Estado Democrático de Direito, entendido como a submissão da administração à Constituição e às leis. Assim, a Administração Pública somente está autorizada a praticar atos que estejam previstos em lei.

A fundamentação é necessária em ato administrativo de qualquer natureza, ato administrativo normativo, ato administrativo *stricto sensu*, decisão administrativa, permitindo, neste sentido, que o controle da constitucionalidade e da legalidade, bem assim sobre a finalidade e os motivos. No que concerne à circunstância discricionária, esta não desobriga a Administração de apresentar a motivação de sua decisão. Na hipótese de mais de um caminho legal, a escolha representará a melhor solução,

sendo imprescindível a fundamentação quanto à escolha (NERY JUNIOR, 2009, p. 292).

Para alguns autores, a exemplo de Tereza Alvim (1993 apud NOJIRI, 1998, p. 105), a ausência de fundamentação, fundamentação deficiente ou ausência de correlação entre a fundamentação e decisão são hipóteses de ausência de fundamentação. Alguns autores sustentam que a ausência de fundamentação gera nulidade, enquanto outros admitem que é caso de inexistência. Nojiri, orientado por Kelsen (1995 apud NOJIRI, 1998), pontua que o que é nulo não pode ser anulado pelo próprio Direito. Assim, uma decisão judicial é, portanto, válida quando emanada de um órgão jurisdicional competente, ainda que possua vícios, assim permanecendo até que seja extirpada por um ato normativo próprio (NOJIRI, 1998, p. 107). Em mesma perspectiva, a decisão carente de motivação aceita pelas partes pode transitar em julgado.

Nery Júnior (2009, p. 293) apregoa que a falta de motivação, conforme imperativo constitucional implica nulidade e chama atenção para os seguintes exemplos:

- a) Menção pura e simples aos depoimentos de testemunhas ou prova documental, sem análise concreta.
- b) Indeferimento da pretensão das partes com o “jargão” “por falta de amparo legal”.
- c) Decisões concessivas ou denegatórias de liminares em mandado de segurança, ações civis públicas, cautelares, limitando-se a afirmar “presentes os pressupostos legais”,

concedo a liminar ou “ausentes os pressupostos legais,” nego a liminar.

Afastando-se da esfera processual civil, no rol apresentado por Nery Júnior (2009) é possível acrescentar inúmeras hipóteses abarcando outras disciplinas. Contudo, chama-se a atenção para a ausência e motivação deficiente no processo penal, no que toca à fixação da pena-base, na apreciação das circunstâncias judiciais¹, que, não raras vezes, o julgador limita-se a reconhecer que a circunstância é desfavorável ao réu, deixando, contudo, de apresentar motivação adequada.

O sistema trifásico de individualização da pena requer motivação adequada em todas as três fases. Assim, a motivação de sustento da pena-base é particularizada, levando em consideração atributos individuais do réu. Esse processo, desenvolvido na 1ª fase do sistema, deve pautar-se em bases sólidas e com logicidade expressa (NUCCI, 2011, p. 457). A motivação requer legitimidade enquanto passível de verificação, condicionada à verdade, ainda que relativa, em relação aos seus argumentos.

Salienta-se que o poder jurisdicional não é somente potestativo, mas é respaldado num saber, mesmo que opinativo e provável, porém controlável pelas partes envolvidas como pela sociedade. Este controle envolve o campo do direito, ante a violação à lei ou disfunção quanto à interpretação ou subsunção

¹ Relembre-se que essas circunstâncias seguem a seguinte tipologia disposta no art. 59 do CP: culpabilidade, conduta social, antecedentes, personalidade do agente, aos motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima. Art. 59 do Código Penal Brasileiro.

ou ainda por insuficiência de provas, ou apreciação inadequada, no que toca ao convencimento (FERRAJOLI, 2002, p. 497).

Neste sentido, a argumentação jurídica empreendida na motivação ajusta-se ao fato, dando origem à lógica judiciária, por meio da dedução e indução. Os defeitos de lógica, passíveis de reparos, decorrem da lógica dedutiva da subsunção e também da lógica indutiva no campo probatório, especialmente na hipótese de falta de argumentos suficientes para confirmar a hipótese da acusação (FERRAJOLI, 2002, p. 498) e quanto à apreciação valorativa das circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base.

Portanto, a motivação e a sua publicidade são mecanismos de transparência e, neste sentido, discriminantes seguras entre os ambientes da cultura jurídica democrática e da cultura autoritária (FERRAJOLI, 2002, p. 497). Assim, a publicidade e a motivação representam instrumentos de controle da legalidade e do necessário liame entre convencimento e provas dos autos, em perspectivas endoprocessual e extraprocessual, colaborando, desta forma, para a legitimação democrática da função judicante.

6 Conclusão

Observa-se que as fontes históricas indicam que, desde o Direito Romano, o princípio do dever de motivar as decisões judiciais se fazia presente. Contexto também identificado nas grandes codificações processuais do século XIX, variando, porém, quanto ao seu *locus* normativo, ora integrando os Códigos Processuais, ora integrando a Carta Constitucional.

A legislação processual civil brasileira em vigor possui diversos dispositivos que fixam a obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais. Ainda que envolva os juizados especiais cíveis, a lei especial estabelece a necessidade de motivação, em breve resumo, apontando os elementos de convicção, com dispensa de relatório. A codificação processual penal, de mesmo modo, em vários momentos fixa a obrigatoriedade da motivação da decisão judicial, a exemplo do art. 381, quando apresenta o rol dos elementos estruturantes de uma sentença, inserindo a motivação fática e de direito.

Portanto, não há qualquer dúvida acerca da adoção pela ordem jurídica interna do princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões. Todavia, a partir do *status* constitucional conferido em 1988, este princípio tem sido alvo de reflexão, especialmente quanto a sua estrutura.

Essa obrigatoriedade deve ser vista no plano dos princípios fundamentais de ordem pública, competindo-lhe orientar a atividade estatal e a atividade jurisdicional, pois o Estado de Direito é o Estado que se justifica. Nesta linha de raciocínio é possível afirmar que esse princípio integra o leque de garantias constitucional, cujo intuito é impor ao autor da decisão o dever de apontar publicamente as razões de decidir. Dito de outro modo, o Poder Judiciário tem função democratizadora da sociedade, porquanto não está obrigado a julgar a partir das tendências políticas. Nesta linha, a obrigatoriedade de motivar as decisões

deriva dos princípios estruturantes, Estado de Direito e Estado Democrático.

Portanto, o Estado de Direito é princípio estruturante que se encontra em atividade dialógica com os valores constitucionais, na moldura da supremacia da Constituição, na separação dos poderes, no princípio legalista e nos direitos do homem. Nesta perspectiva, é possível concluir que o Estado de Direito é o Estado Constitucional, orientado para a realização dos direitos e garantia individuais.

Desta forma, a motivação das decisões judiciais é instrumento material do processo de comunicação, pois, expondo os motivos, o juiz comunica formalmente às partes, aos eventuais interessados e ao Tribunal *ad quem* as razões de decidir.

Assim, a motivação requer um labor intelectual de traço crítico, lógico e metalógico, abarcando reflexões de fato e de direito, sobre as quais o julgador extrai a sua decisão, representando e documentando a trilha lógica – intelectual seguida pelo juiz para chegar a sua decisão.

A motivação deve ser inteligível, clara, longe de ambiguidades, cabendo ao magistrado conduzir-se pelos princípios que orientam a construção do pensamento racional. Neste conduto de ideias, a motivação, enquanto ato do conhecimento humano, necessita de análise lógica e convergente com as manifestações das partes e com o caderno probatório.

Quanto às funções da motivação, salienta-se a relevância das funções extraprocessuais, pois não é apenas o controle

endoprocessual que deve ser assegurado, mas, sobretudo, o controle generalizado acerca do entendimento dos juízes.

Enquanto expressão desse modelo de Estado, a motivação das decisões tem repercussão no agir jurisdicional, especialmente nas esferas processual civil e penal, tendo esta última a força do princípio da individualização da pena.

Verifica-se que o sistema trifásico de individualização da pena exige motivação adequada em todas as três fases. Nesta linha de compreensão, a motivação quanto à fixação da pena-base é particularizada, levando em consideração os atributos pessoais do réu, devendo pautar-se em bases resistentes e com *iter* lógico expresso.

Portanto, a argumentação jurídica empregada na motivação deve ajustar-se ao fato, originando a lógica judiciária, por meio da dedução e da indução. As disfunções quanto à lógica decorrem da lógica dedutiva da subsunção e também da lógica indutiva na esfera probatória, notadamente quanto à falta de argumentos suficientes para confirmar a hipótese lançada pela acusação e quanto à análise valorativa das circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base.

Por fim, observa-se que os destinatários da motivação envolvem as partes, os seus advogados e a opinião pública, reconhecendo que o controle da sociedade registra importância para a credibilidade da tutela jurisdicional, o que pode colaborar para o aprimoramento e fortalecimento das instituições e coesão social, objetivos almejados pelo Estado Democrático e de Direito.

Title: Motivation of Judicial Decisions: a Reading from the Perspective of the Democratic State

Abstract: The research regards about the main motivation of judicial decisions from the perspective of a democratic state, considering its relevance to the structure of this paradigm of state as a mechanism of extra-judicial and intra-processual control. The motivation of decision registers indispensability to trigger gear diffuse information of the population, as the arguments used by judges in their decisions, enabling social control of public authorities. Therefore, from the literature review, the research structure is initially conducting a historical emphasis on the motivation of decisions, from the Roman law to the contemporary both on the Brazilian, and Internacional parameters covering civil and criminal procedural aspects. The second moment is reserved for addressing conceptual aspects, objectives, functions, structure, and requirements pertaining principles. Then, we try to work on issues regarding lack of motivation or poor motivation.

Keywords: Democratic state. Judicial motivation. Extra-judicial control. Intra-processual control.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: _____. _____. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: _____. _____. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. In: _____. _____. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. Lei nº 5.925, de 01 de outubro de 1973. In: _____. _____. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. In: _____. _____. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. Tradução Tereza Celina de Arruda Alvim. *Revista de Processo*, v. 8, n. 29, jan./mar. 1983.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 02.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *RBDP*, v. 16, 1978.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman; v. 39.)

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

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

SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de. Motivação das decisões judiciais: uma leitura na perspectiva do estado democrático. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 109-133, 2013. Anual.

Submissão: 01/04/2013

Aceite: 28/06/2013

Um Olhar sobre os Idosos: Estudo sobre as Políticas, Programas e Serviços Públicos para População acima de 60 Anos no Distrito Federal

Izis Morais Lopes dos Reis

Analista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, lotada no Setor de Estudos Macrossociais vinculado à Secretaria Executiva Psicossocial. Doutoranda em Antropologia Social pela Universidade de Brasília.

Ana Carolina Nunes Renault

Estagiária do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, lotada no Setor de Estudos Macrossociais vinculado à Secretaria Executiva Psicossocial. Graduada em Serviço Social pela Universidade de Brasília.

Resumo: À medida que a população envelhece, o Brasil precisa levar em consideração o novo perfil etário e as desigualdades de acesso aos serviços públicos e privados decorrentes das assimetrias de classe, raça/cor, gênero e geradas pelos preconceitos relacionados ao exercício da sexualidade. Olhar o envelhecer é tomar consciência da necessidade de estratégias políticas em uma série de importantes áreas sociais. O artigo é fruto de pesquisa exploratória sobre as políticas, programas e serviços desenvolvidos pelo Governo do Distrito Federal. Balizado pelas atribuições definidas na Política Nacional do Idoso, o texto debate criticamente as ações governamentais levadas a cabo por cada Secretaria de Estado e Especial no DF. Os dados permitem afirmar que há urgência na potencialização das instâncias burocráticas estatais para enfrentar as infrações aos direitos dos idosos. Há indícios de que os serviços disponíveis não atendem a população acima dos 60 anos em sua demanda atual, o que se torna grave quando a projeção de crescimento dessa parcela populacional é de aumento e não de redução. Pondera-se que parece haver desconexão entre serviços implementados por diferentes órgãos do GDF, por vezes, um se sobrepondo ao outro. Esse tipo de atuação revela dificuldades de gestão, provável desperdício de recursos e empobrecimento das Secretarias de Estado para a realização de atividades afinadas com a necessidade da população.

Palavras-chaves: Análise de políticas sociais. Idosos. Serviços públicos. Governo do Distrito Federal.

Sumário: Introdução. 1 Metodologia. 2 Perfil dos Idosos no Distrito Federal. 3 Resultados: Políticas Sociais e os Idosos no Distrito Federal. 3.1 Políticas, Programas e Serviços Sociais para Idosos Residentes no DF. 3.2 Uma Análise Crítica das Ações Desenvolvidas pelo GDF. 3.2.1 Assistência Social. 3.2.2 Saúde. 3.2.3 Educação. 3.2.4 Trabalho e Previdência Social. 3.2.5 Habitação e Urbanismo. 3.2.6 Justiça. 3.2.7 Cultura. 3.2.8 Esporte. 3.2.9 Transporte. 3.2.10 Atuação da Secretaria Especial do Idoso. 4 Considerações Finais. Referências.

Introdução

A Organização Mundial da Saúde (OMS)¹ afirma que o fenômeno do envelhecimento das populações pode ser considerado como um êxito das políticas de saúde pública e de desenvolvimento socioeconômico (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2012, tradução nossa). Ao mesmo tempo, ele implica a necessidade de mudança de valores socialmente compartilhados sobre a velhice e a criação de formas de proteção e cuidados específicos às pessoas mais velhas. Essas mudanças, influenciadas pelo avanço da ciência, pela democratização do acesso ao cuidado de saúde, pelo maior controle das mulheres sobre os processos de reprodução, têm causado forte impacto na distribuição etária no Brasil.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2009), do IBGE, o Brasil tinha cerca de 21 milhões de pessoas com 60 anos ou mais naquele ano. A taxa de fecundidade

estaria abaixo da necessária para reposição populacional jovem, o que faz com que o grupo de idosos ocupe, atualmente, espaço significativo na sociedade brasileira. O país encontra-se em um momento crucial, em que perceber o envelhecimento é reconhecer a existência de uma categoria, ao mesmo tempo populacional e analítica, que confere maior complexidade às nossas organizações sociais e ao nosso campo simbólico.

O conceito de envelhecimento não é consensual. A OMS (2012) considera os critérios de desenvolvimento socioeconômico dos países para definir quando a velhice deve passar a ser o foco: nos países desenvolvidos, a idade seria 65 anos; nos países em desenvolvimento, 60. O Brasil, ao seguir essas definições, definiu por lei a idade em que se passará a considerar alguém como pessoa idosa. O Estatuto do Idoso, como é conhecida a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, estabelece, em seu artigo 1º, que ele é “destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos” (BRASIL, 2003).

Quando se fala em faixa etária e envelhecimento, comumente o corpo e a biologia são colocados como aspectos centrais de análise. Os estudos de disciplinas biomédicas normalmente ressaltam processo de diminuição de produção hormonal e perda orgânica como marcas do envelhecimento (LINHARES et al., 2003). Entretanto, como apontou Simone de Beauvoir (1990), a velhice é um dos maiores exemplos do entrelaçamento entre os aspectos biológico, psicológico e social. Há despigmentação dos cabelos, a percepção da fraqueza e da diminuição da agilidade.

1 Para mais informações, acesse <http://www.who.int/topics/ageing/es/index.html>.

Ao mesmo tempo, há modificação da relação da pessoa com o tempo, com o mundo e com sua própria história. Esses aspectos são condicionados pelos fatores sociais, que determinam a possibilidade de existência no mundo (LÉTTI, 2008).

Abordagens sociológicas apontam para a importância de perceber os limites de análises que associam diretamente o envelhecimento à deterioração. A redução das atividades laborativas em sociedades capitalistas, centradas na alta produtividade, é um dos motivos para a constituição de um imaginário social em que o envelhecimento está diretamente relacionado à incapacidade. A crescente valorização de corporalidades jovens e a vida adulto-centrada contribuem para a formação desse campo simbólico.

À medida que a população envelhece, o Brasil precisa levar em consideração o novo perfil etário e as desigualdades de acesso aos serviços públicos e privados diversos decorrentes das assimetrias de classe, raça/cor, gênero e geradas pelos preconceitos relacionados ao exercício da sexualidade. Olhar o envelhecer é tomar consciência da necessidade de estratégias políticas, logo, investimentos, em uma série de importantes áreas, como previdência social e saúde pública; mas não só.

O presente artigo tem como panorama que o envelhecimento não se restringe a um processo de perda orgânica, mas da relação íntima entre indivíduo e ambiente e de suas chances para usufruir de condições adequadas de saúde, educação, trabalho, moradia, alimentação durante todo o curso de vida. Essa

perspectiva enfoca a correlação dinâmica entre os aspectos psicológicos, orgânicos e socioculturais. O curso de vida:

[...] não se pauta pela perspectiva clássica de desenvolvimento, que supõe o término do desenvolvimento com o findar da adolescência. Sendo o desenvolvimento um processo multidirecional e multifuncional, influenciado pelo contexto histórico, abrangendo todo o curso de vida, ocorre um constante equilíbrio entre ganhos e perdas, que resulta numa variabilidade intra-individual e em plasticidade individual. (BALTES, 1987 apud SILVA; GUNTHER, 2000).

A pesquisa aqui apresentada tem como objetivo mapear as políticas, programas e serviços públicos direcionados à população idosa do Distrito Federal. Também se propõe a debater os avanços e os problemas na implementação dessas mesmas políticas², sendo que não há como falar de política social como um fenômeno isolado. Atualmente, a formulação e a coordenação de políticas sociais pelas burocracias estatais se relacionam aos debates e às reivindicações pela expansão dos direitos sociais como: a oferta universal de serviços, a preocupação com o pleno emprego e a institucionalização de uma rede de proteção contra as adversidades emergentes da vida em sociedade (SWAAN, 1988).

O presente artigo surgiu da necessidade de ampliação do leque de conhecimento sobre o público-alvo por parte da Promotoria de Justiça da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência

2 Política social deve ser entendida como uma política pública com objetivo de “atender necessidades sociais cuja resolução ultrapassa a iniciativa privada, individual ou espontânea, e requer decisão coletiva regida e amparada em leis impessoais e objetivas garantidoras de direitos” (PEREIRA, 1994, p. 1). Essas decisões coletivas existem em contextos conflituosos de interesses e de valores morais.

(Prodide). De modo geral, a motivação da pesquisa é subsidiar a atuação deste Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) na atividade de fiscalizar e assegurar a efetivação de políticas sociais destinadas aos idosos. Indiretamente, o estudo pode ser considerado uma etapa para discussões intersetoriais com os órgãos do Governo do Distrito Federal (GDF) sobre a interface entre envelhecimento e políticas sociais.

A pesquisa realizada pelo Setor de Estudos Macrossociais, da Secretaria Executiva Psicossocial, se propôs a entender e a descrever o perfil dos idosos residentes do DF, em primeiro lugar. Depois, conhecer as políticas, os programas e os projetos disponíveis para essa camada populacional. Em terceiro, objetivou identificar e ponderar os problemas existentes para a consolidação dos direitos das pessoas idosas no Distrito Federal.

1 Metodologia

A proposta metodológica foi empregar abordagens quantitativas e qualitativas na coleta de dados. Inicialmente, a equipe do Setor de Estudos Macrossociais (Setmac) acessou os dados coletados durante o Censo de 2010, as análises realizadas pelo próprio IBGE e pela Companhia de Planejamento do Distrito Federal (Codeplan). Olhar essas grandes análises estatísticas permite debater mudanças demográficas relacionadas ao envelhecimento populacional e as mudanças geradas por esse processo no cotidiano dos indivíduos.

A Prodide e o Setmac enviaram ofícios a todas as Secretarias de Estado e Especiais do Distrito Federal solicitando informações

relacionadas aos serviços especificamente voltados para pessoas idosas. Os dados solicitados foram: a) programas e serviços de atendimento aos idosos em operação ligados à Secretaria; b) estatísticas de atendimentos realizados por esses programas; c) quantidade de idosos em situação de abrigamento em instituições privadas, filantrópicas e públicas; d) orçamento reservado/destinado à execução de tais programas, projetos e/ou serviços.

A equipe do Setmac formulou questionário aberto a ser respondido por profissionais da rede pública de serviços. Alguns questionários, anônimos, foram aplicados durante o Seminário de Comemoração de 5 anos da Central Judicial do Idoso e I Encontro da Rede Social do DF.

Durante o evento, também foi realizada uma breve entrevista com o sr. Ricardo Quirino, Secretário da Secretaria Especial do Idoso do Governo do Distrito Federal.

As pesquisadoras encaminharam *e-mails* com o arquivo do questionário em branco para várias unidades de atendimento aos idosos. Foram enviados para: a) todos os Centros de Referência e Centros de Referência Especializados de Assistência Social; b) Unidades de Alta Complexidade da Secretaria de Desenvolvimento Social e Transferência de Renda (SEDEST); c) algumas unidades de saúde, como Programa de Combate aos Acidentes e Violências do Paranoá (PAV/Programa Girassol); d) Central Judicial do Idoso; e) Secretaria Executiva Psicossocial do MPDFT.

O objetivo desse instrumento foi: a) conhecer alguns serviços existentes na rede de atendimento; b) proporcionar um espaço anônimo para que profissionais pudessem indicar problemas e possíveis soluções referentes aos atendimentos realizados pelos órgãos públicos envolvidos na defesa de direitos dos idosos.

A tabela abaixo contém um resumo das respostas aos questionários por vínculo institucional.

Tabela 1: Quantidade de respostas ao questionário por vínculo institucional

Vínculo institucional	Quantidade de respostas ao questionário
Saúde	2
Educação	1
Secretaria de DH da Presidência	2
Disque Direitos Humanos	1
CRAS	3
CREAS	1
Unidade de Acolhimento Adultos e Unidade Acolhimento Idosos	1
MPDFT	2
Centro de Convivência	1
TJDFT	1
Central Judicial do Idoso TJDFT	2
TOTAL:	18

Fonte: Elaborada pelas autoras

2 Perfil dos Idosos no Distrito Federal

Pesquisas sociodemográficas, em especial aquelas com dados desagregados por espaços territoriais específicos, são importantes para o conhecimento de demandas sociais. Conseqüentemente, são essenciais para formulação e implementação de políticas sociais em sintonia com as necessidades de distintos grupos sociais. Esses perfis são instrumentos relevantes para planejar estratégias políticas conectadas à realidade social.

De acordo com o Censo Brasileiro de 2010, o país possui aproximadamente 20 milhões de pessoas com 60 anos ou mais. Já no Distrito Federal, existem 197.613 habitantes nessa faixa etária, o que equivale a dizer que 7,69% da população do DF é composta por pessoas idosas. As mulheres têm maior esperança de vida (79,6 anos) em comparação aos homens (72,2 anos), nacionalmente. Isso ajuda a explicar o motivo de 57% da população idosa no DF ser composta por mulheres (INSTITUTO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

Alguns fatores podem ser apontados para a prevalência feminina dentre essa camada populacional. Em primeiro lugar, há menor incidência de assassinatos contra mulheres. Em segundo lugar, a ocorrência de mortes de homens mais jovens também parece ter estreito vínculo com o fato de serem “relutantes em procurar ajuda quando experimentam problemas na vida” (ADDIS; MAHALIK, 2003).

Segundo a Codeplan (2012), Lago Sul, Lago Norte e Brasília são as regiões administrativas com maior população

idosa relativa. Cerca de 20% dos habitantes do Lago Sul são idosos; no Lago Norte, 15,28% é composta por pessoas acima de 60 anos e, em Brasília, 13,93% da população encontra-se nessa faixa etária. Os dados mostram que locais com renda mais altas possuem maior quantidade de idosos.

Tabela 2 - Distribuição da população idosa do Distrito Federal por classe de rendimento nominal médio mensal em salários mínimos* e faixa etária – 2010

Classe de renda	60 a 69 anos		70 anos ou mais		Total	
	N	%	N	%	N	%
Até ¼ de salário mínimo	264	0,22	65	0,08	329	0,17
Mais de ¼ a ½ salário mínimo	1.053	0,89	164	0,21	1.217	0,62
Mais de ½ a 1 salário mínimo	22.993	19,48	27.213	34,20	50.206	25,41
Mais de 1 a 2 salários mínimos	14.348	12,15	8.998	11,31	23.346	11,81
Mais de 2 a 3 salários mínimos	7.784	6,59	4.798	6,03	12.582	6,37
Mais de 3 a 5 salários mínimos	11.388	9,65	6.646	8,35	18.034	9,13
Mais de 5 a 10 salários mínimos	17.154	14,53	8.915	11,20	26.069	13,19
Mais de 10 a 15 salários mínimos	6.507	5,51	3.304	4,15	9.811	4,96
Mais de 15 a 20 salários mínimos	6.321	5,35	3.647	4,58	9.968	5,04
Mais de 20 a 30 salários mínimos	4.808	4,07	3.077	3,87	7.885	3,99

Classe de renda	60 a 69 anos		70 anos ou mais		Total	
	N	%	N	%	N	%
Mais de 30 salários mínimos	3.432	2,91	2.081	2,62	5.513	2,79
Sem rendimento ou beneficiários de programas sociais	21.990	18,63	10.663	13,40	32.653	16,52

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Censo Demográfico 2010

*Salário mínimo considerado: R\$ 510,00

Ressalta-se que a maior parte da população idosa do DF (29,97%) possui renda nominal considerada alta (mais de 5 salários mínimos)³ e 27,31% faz parte da camada com renda média (mais de 2 até 5 salários mínimos). Provavelmente, essas pessoas possuem melhores condições estruturais de vida, com acesso aos serviços e bens sociais diversos, o que está diretamente relacionado ao envelhecimento saudável. Por outro lado, mais de 32 mil idosos (16,52%) não possuem rendimento próprio e/ou é beneficiária de programas sociais e 26,2% são considerados de baixa renda individual (COMPANHIA DE PLANEJAMENTO DO DISTRITO FEDERAL, 2012).

A composição de rendimentos é um dos pontos centrais para análise da qualidade de vida de idosos. Como aponta Luiz Roberto Ramos:

3 O valor do salário mínimo considerado pela Codeplan, à época da coleta dos dados, era de R\$ 510,00.

O nível de renda mostrou-se fortemente associado com a saúde física e mental. A proporção de idosos com DCNT [doenças crônicas não transmissíveis], ou depressão, ou dependência no dia a dia foi significativamente mais alta entre idosos de baixa renda. (RAMOS, 2003, p. 795).

O estudo da Codeplan (2012) aponta que 15,36% dos domicílios no Distrito Federal têm idosos como principais provedores. Embora o relatório da Codeplan não disponibilize análises relacionando dados entre rendimento individual de idosos e os diversos arranjos familiares no DF, no Brasil, parece prevalecente arranjos familiares multigeracionais. Aparentemente, isso significaria maior suporte familiar. Porém, Ramos (2003) afirma que esse tipo de organização familiar se relaciona intimamente com o baixo nível de renda:

A conclusão a que se chegou foi que os arranjos domiciliares multigeracionais, além de serem extremamente prevalentes, associavam-se significativamente com um nível sócio-econômico baixo. [...] Mais do que uma opção sócio-cultural, tais arranjos mostraram-se uma forma de sobrevivência. Na verdade, os idosos com nível socioeconômico mais alto viviam majoritariamente apenas com o cônjuge ou sós, reproduzindo o modelo verificado nos países mais desenvolvidos. (RAMOS, 2003, p. 795).

Outros dados interessantes no Distrito Federal se referem à composição populacional de acordo com a raça/cor dos habitantes. Segundo o Censo Demográfico de 2010, 52,54% dos idosos no DF se declararam brancos, 38,5% disseram ser pardos e 7,12% declararam ser pretos. Os números são destoantes do perfil racial geral da população do DF: 56,3% das pessoas se autodefinem

negras (pretas e pardas) e 41,8% afirmaram ser brancas. Quando comparados, nota-se as pessoas brancas chegam mais aos 60 anos do que as negras (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

Um dos fatores que podem elucidar essa discrepância é a incidência de homicídios sobre a população negra. No DF, o índice de vitimização da população às violências homicidas indica que há 406,4% mais negros do que brancos (WAISELFISZ, 2012). Os números apontam que a desigualdade racial no país tem produzido impactos negativos, inclusive a diminuição de chances de envelhecimento para pessoas pretas e pardas. De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA): “a probabilidade de um negro estar no estrato mais pobre da população é cerca de duas vezes maior que a de um branco” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2005).

Embora o Distrito Federal fulgure em primeiro lugar no ranking de melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil, é também uma das mais desiguais do mundo (MALDONADO, 2010)⁴. Em conjunto, os dados sobre sexo, nível de renda, perfil racial e envelhecimento mostram que, para pensar a qualidade de vida da população idosa e os programas e os serviços a ela disponibilizados, é indispensável ponderar sobre os diferentes padrões culturais, comportamentais e sobre as

4 Ver: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/especial/2010/brasil-50-anos/2010/04/15/brasil-contrasta-riqueza-e-desigualdade-apos-quase-50-anos-de-existencia.jhtm>>.

profundas desigualdades encontradas na sociedade brasileira e, mais especificamente, no Distrito Federal.

3 Resultados: Políticas Sociais e os Idosos no Distrito Federal

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) se interessa cada dia mais por intervenções relacionadas aos idosos, seja no campo de atuação jurídica, seja na articulação com a rede de atendimento público. Isso se torna claro quando os dados sobre violações de direitos de pessoas acima de 60 anos são publicados. As notícias sobre violações de direitos e violências contra idosos cresceram nos últimos anos. Por exemplo, entre 2011 e 2012, o número de denúncias de ofensas aos direitos humanos aumentou 77% (BRASIL, 2012b)⁵. A proporção foi muito maior quando o foco é o da população idosa: de acordo com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (via Disque 100), no mesmo período, em escala nacional, os números de violações relacionadas aos idosos subiram 200% (NÚMERO..., 2012)⁶.

Esses dados variam quando cada unidade federativa é destacada. No Distrito Federal, as denúncias de violências diversas contra essa parcela da população aumentaram 132%⁷. A elevação dessas ocorrências não pode ser interpretada de maneira simples.

5 Ver em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/12/denuncias-de-violacao-a-direitos-humanos-crescem-77-em-2012>>.

6 Ver em: <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2012/12/numero-de-denuncias-de-violencia-contra-idosos-sobe-quase-200-em-2012.html>>

7 Ver em: <http://www.defensoria.df.gov.br/?p=7420>.

É possível que idosos tenham sido vítimas de violências em maior quantidade que no ano anterior. Ao mesmo tempo, é provável que as pessoas estejam mudando suas percepções relacionadas a esse tipo de violação e identificando o disque-denúncia como um canal legítimo de comunicação sobre problemas antes tomados como menos importantes.

Além das denúncias requererem a aplicação da legislação existente no país, as unidades de assessoria do MPDFT têm demonstrado a relevância das análises contextuais e das intervenções conjuntas desse Ministério Público e outros órgãos (ÁLVARES et al., 2012). No último ano, a Secretaria Executiva Psicossocial (Seps) se esforçou para quantificar os problemas enfrentados pela equipe no apontamento de possíveis soluções aos processos judiciais e procedimentos internos de investigação recebidos para análise.

3.1 Políticas, Programas e Serviços Sociais para Idosos Residentes no DF: as Respostas das Secretarias de Estado do GDF

Em outubro de 2012, a Promotoria de Justiça da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência (Prodide) enviou requisição de informações a 33 Secretarias de Estado e Especiais do GDF. O documento solicitava materiais para análise acerca dos programas, projetos e ações que envolvessem idosos, direta ou indiretamente. Também pedia que os órgãos informassem o recurso orçamentário destinado àquelas ações.

Dez Secretarias do GDF informaram não possuir programas específicos para idosos. Foram elas: Secretaria de Estado de

Transparência e Controle; Publicidade Institucional; Segurança Pública; Promoção da Igualdade Racial; Ordem Pública; Mulher; Microempresa e Economia Solidária; Justiça, Direitos Humanos e Cidadania; Desenvolvimento Econômico; Conselho de Governo (órgão consultivo); Criança; Casa Militar e Casa Civil. Embora algumas dessas não possuam programas exclusivos, afirmaram que o atendimento desse público acontece nos serviços existentes ou projetos realizados. É o caso da Secretaria de Estado de Publicidade Institucional e da Secretaria de Estado da Mulher. Destaca-se que a Secretaria da Mulher afirmou realizar, de forma geral, o atendimento às mulheres idosas; porém, cabe a crítica de que as demandas desse grupo podem ter características diferenciadas. Deve-se ter em mente que a maior parte da população idosa é formada por mulheres, o que pede, por si só, a criação de ações focalizadas ou sensíveis ao envelhecimento feminino.

Seis Secretarias de Estado declararam a existência de ações específicas para o público idoso: Ciência e Tecnologia; Cultura; Esporte; Especial do Idoso; Planejamento e Orçamento; e Saúde. A Secretaria de Estado de Planejamento e Orçamento listou projetos de construção de várias unidades do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), que seriam grandes absorvedoras das demandas sobre idosos, mas não há detalhes sobre o andamento do trabalho ou sobre os recursos financeiros disponíveis para as obras. Ao mesmo tempo, ressalta-se que a Secretaria de Desenvolvimento

Social e Transferência de Renda (SEDEST), responsável pela implementação do SUAS, não respondeu à solicitação da Prodide.

Doze Secretarias não responderam à requisição, ou seja, 33% delas não enviaram dados em réplica à Prodide: Secretaria de Estado de Administração Pública; Agricultura e Desenvolvimento Rural; Comunicação Social; Desenvolvimento Social e Transferência de Renda; Educação; Fazenda; Habitação, Regularização e Desenvolvimento Urbano; Obras; Trabalho; e Turismo. Destaca-se que as informações de alguns desses departamentos executivos de governo são essenciais para se compreender a dimensão da proteção às pessoas idosas, assim como as dificuldades enfrentadas pelos gestores para concretizar a Política Nacional do Idoso e a Política Distrital do Idoso de modo eficaz. Em destaque está a Secretaria de Desenvolvimento Social e Transferência de Renda (Sedest), órgão responsável pela implementação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) no DF.

Das Secretarias de Estado do GDF que não enviaram informações à Prodide, quatro (36%) são essenciais para a implementação de programas e serviços da Política Nacional do Idoso. Isso não quer dizer que ações não estejam sendo realizadas, mas não atender à requisição pode apontar dificuldades de organização das Secretarias em relação aos dados sobre os serviços executados. Além disso, não trocar informações sobre as atividades em desenvolvimento também cria entraves para a

atuação do Ministério Público na garantia de respeito aos direitos das pessoas idosas.

3.2 Uma Análise Crítica das Ações Desenvolvidas pelo GDF

As informações enviadas pelas Secretarias Especiais e de Estado do GDF não são suficientes para mapear a totalidade dos programas desenvolvidos para pessoas idosas. Também, pelos documentos oficiais, não é possível perceber os déficits dos serviços existentes ou os obstáculos enfrentados pelo próprio governo para implementação de rede de atendimento aos idosos. Porém, esses documentos apontam problemas importantes que merecem análise cuidadosa. Tal exame se dará detalhadamente, considerando-se como parâmetro as competências dos órgãos e entidades públicos definidos na Política Nacional do Idoso.

3.2.1 Assistência Social

A desigualdade social no Brasil, após três décadas em alta, começou a diminuir no início da década de 2000. De acordo com Ricardo Paes de Barros e outros (2007), os programas de transferência de renda desvinculada do trabalho têm papel central nessa redução e no combate à pobreza extrema. Os principais programas brasileiros com esse caráter distributivo, atualmente, são o Programa Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada (BPC). Ambos são benefícios assistenciais, coordenados pelo Sistema Único de Assistência Social e pagos com recursos federais. O Distrito Federal, com orçamento próprio, complementa o Bolsa Família para aumentar o valor total

repassado às famílias beneficiárias. O BPC tem valor equivalente a um salário-mínimo.

No Distrito Federal, a Secretaria de Desenvolvimento Social e Transferência de Renda (Sedest) é responsável pela execução da Política de Assistência Social. Como assinalado, esse órgão executivo não enviou resposta à requisição de informações por parte da Prodide. Os serviços aqui descritos e as análises propostas são fundamentadas nas informações públicas disponíveis no *website* da Sedest e nas respostas aos questionários por parte de trabalhadores de unidades de implementação da política.

Na rede básica de proteção, existem 27 Centros de Referência em Assistência Social (CRAS) e 17 Centros de Convivência Intergeracionais (Cose). Os Coses são espaços para crianças, adolescentes e idosos, onde são realizadas oficinas e atividades diversas. Aos CRAS, cabe:

“Atender famílias em situação de vulnerabilidade social nas ações e serviços da proteção social básica da política pública de assistência social”
(Entrevistado 1, servidor público do CRAS).

O principal programa dessas unidades é o Programa de Atenção Integral às Famílias (Paif) cujo objetivo seria fortalecer o papel de proteção da família.

De acordo com a Norma Operacional Básica do SUAS (BRASIL, 2005), a quantidade de CRAS para um município deve ser estabelecida com a avaliação da quantidade de habitantes do local e com o conhecimento das famílias em situação de

vulnerabilidade social no território. Os critérios mínimos estabelecidos pela resolução são:

Pequeno Porte I – mínimo de 1 CRAS para até 2.500 famílias referenciadas;
 Pequeno Porte II – mínimo de 1 CRAS para até 3.500 famílias referenciadas;
 Médio Porte – mínimo de 2 CRAS, cada um para até 5.000 famílias referenciadas;
 Grande Porte – mínimo de 4 CRAS, cada um para até 5.000 famílias referenciadas;
 Metrôpoles – mínimo de 8 CRAS, cada um para até 5.000 famílias referenciadas. (BRASIL, 2005).

As informações prestadas pelo GDF não são suficientes para avaliar se a quantidade de unidades de proteção básica está adequada à demanda. É importante dizer, no entanto, que os três questionários respondidos por trabalhadores de Centros de Referência de Assistência Social trazem queixas relacionadas à insuficiência de recursos humanos necessários para os atendimentos. Quanto ao resultado sobre os questionamento referentes aos problemas enfrentados referentes à infraestrutura e de recursos humanos, as respostas foram:

“Baixo número de equipe de especialistas para acompanhar as famílias de idoso no Programa de Atenção Integral à Família (PAIF)” (Entrevistado 1).

“Não temos espaço e servidores suficientes para atender toda a demanda que possuímos. Assim, atualmente, possuímos demanda reprimida aguardando inclusão em alguns dos atendimentos prestados” (Entrevistado 2).

“Falta de espaço para o atendimento e trabalho com grupos e falta de especialista para intervenção e atendimento” (Entrevistado 3).

Em 2012, o Ministério de Desenvolvimento Social (MDS) publicou *online* o Índice de Desenvolvimento dos CRAS, com objetivo de aprimorar o monitoramento desses Centros de Referência⁸ (BRASIL, 2012a). Na época da avaliação, foram analisados 24 CRAS no Distrito Federal. Destes, sete foram indicados como regulares e/ou insuficientes nos quesitos *estrutura física e recursos humanos*, ou seja, 29% dos centros de atenção básica possuem problemas nesses dois pontos. O índice também leva em consideração o *horário de atendimento* da unidade e a *dimensão das atividades realizadas*.

Na proteção especial, a Sedest conta com oito Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS), um Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (conhecido com Centro POP), uma Unidade SUAS 24 horas e dois núcleos técnicos especializados: o Núcleo Especializado de Abordagem Social (NUASO) e o Núcleo de Atendimento Especializado às Pessoas em Situação de Discriminação Sexual, Religiosa e Racial (NUDIN).

Sobre o trabalho dos CREAS, não há dados suficientes para fazer afirmações embasadas. Mas, a quantidade de unidades parece pequena para a cobertura de todo o DF (8 CREAS para

8 Informações e dados encontram-se no site do MDS: <<http://www.mds.gov.br/fale-mds/perguntas-frequentes/assistencia-social/psb-protecao-especial-basica/CRAS-centro-de-referencias-de-assistencia-social/CRAS-institucional>>.

31 regiões administrativas). Não se pode fazer, por exemplo, generalizações sobre falta de recursos humanos ou más condições de estruturas físicas, no momento.

Por outro lado, as informações disponíveis indicam que o trabalho desenvolvido por essas unidades também não é específico ou exclusivo para a população idosa. O direcionamento das atividades é a família em sua totalidade. De acordo com o questionário respondido por servidor público de um CREAS, os atendimentos ocorrem dentro do Programa de Atendimento Especial à Família (Paefi):

“No caso dos idosos, se necessário acompanhamento, a família será inserida nesse programa, independentemente da problemática apresentada. Ressalto que o alvo é a família, pois o trabalho será feito para conscientizá-la de que o idoso faz parte dela e na medida do possível cabe aos familiares mantê-lo junto a si” (Entrevistado 4).

Segundo a pessoa respondente desse questionário, uma das maiores demandas relativas às pessoas acima de 60 anos é a solicitação de abrigo do idoso pela família:

“Geralmente a família vem solicitar acolhimento em instituição de longa permanência. Justificam sua atitude por razões variadas, especialmente situação socioeconômica, visto que alegam não poder pagar cuidadores e outros” (Entrevistado 4).

Sobre a capacidade de absorção das demandas de idosos e famílias pela rede de atendimento, o profissional que preencheu o questionário nº 4 avaliou que os equipamentos públicos e

filantrópicos seriam incapazes de atender às necessidades do público-alvo. A resposta diz que a baixa renda é um fator de desproteção às pessoas idosas, pois a rede familiar muitas vezes não possui condição financeira para pagar serviços privados, em especial de saúde:

“Não acho que existam grandes problemas, no entanto é preciso que tenhamos mecanismos capazes de atendimento à demanda trazida pela família, que muitas vezes necessita mesmo de arranjar alguém para cuidar do idoso e não tem como arcar com as despesas [...] as questões ficam mais sérias quando o idoso necessita de atendimento especializado na área de saúde. Deveriam ser criados espaços de convivência para que o idoso passasse o dia [...] em situação digna e segura, para que seus familiares o levassem para casa ao retornarem do trabalho [...] a exemplo de creches” (Entrevistado 4).

Os CREAS são a porta de entrada local para idosos que precisam de abrigo em Instituições de Longa Permanência (ILPI). Mas as Unidades de Alta Complexidade são as responsáveis por acolhimentos temporários (de crianças, adolescentes, adultos e idosos), por analisar a situação das famílias das pessoas em abrigo e por gerir convênios com instituições filantrópicas com caráter de abrigo de longa permanência. Os acolhimentos temporários são feitos na Casa de Passagem para Adultos, em Brasília, e no Albergue para Adultos, em Taguatinga.

O questionário respondido pela equipe da Unidade de Acolhimento para Idosos informou uma série de dificuldades para o funcionamento da instituição, dentre elas: falta de estrutura física

que garanta acessibilidade para idosos e pessoas com deficiência; dificuldade de acesso da unidade à rede externa de serviços; número insuficiente de servidores; instalações inadequadas para os atendimentos; e falta de capacitação para o trabalho com idosos. Sobre as ILPIs, vale ressaltar que seis questionários (33%) afirmaram a necessidade de ampliar a rede de instituições com tal característica.

Problemas identificados:

a) O ofício da Secretaria de Estado de Planejamento e Orçamento à Provide⁹ afirma que a rede de gestão da Assistência Social no DF estaria em fase de expansão. Dentre as ações previstas, algumas envolvem serviços direcionados aos idosos, como construção de Centros de Convivência, de Instituição de Longa Permanência para Idosos que seja pública e ampliação da Casa de Passagem. Também há informações de que o ano de 2012 seria marcado pela construção de seis CRAS, cinco Coses, cinco CREAS, dois Centros de Atendimento à população de rua e dois abrigos para adultos. Porém, a Secretaria de Planejamento não encaminhou informações sobre o andamento das obras/ações em 2012 (orçamento disponível, etapa de desenvolvimento, metas alcançadas). O documento encaminhado possui descrição de avaliações realizadas em junho e julho de 2011. Cabe dizer que as

9 Ver páginas 99 a 128 do Procedimento Interno da Provide nº 08190.035731/12-03.

metas estabelecidas nesse documento não parecem ter sido cumpridas. Como exemplo, em 2012, a previsão era de funcionamento de 15 Centros de Referência Especializados de Assistência Social, mas existem somente 8 dessas unidades no DF. Outros planejamentos parecem sofrer do mesmo descompasso entre a meta prevista e o trabalho de fato realizado. Um deles é a proposta de construção de unidades de abrigo para idosos: a meta era o estabelecimento de 4 delas em 2012, mas, de acordo com a pesquisa realizada, somente uma unidade de abrigo temporário está em operação, com a utilização paralela do albergue para adultos.

b) Ao mesmo tempo, a pesquisa de Bruna Gatti e Camila Pereira (2011) elucidou sobre a insuficiência de vagas em albergues para população em situação de rua no DF. Naquele momento do estudo, 500 vagas estavam disponíveis para cerca de 2 mil pessoas sem habitação (de todas as faixas etárias). Como só existe um albergue público no DF, o mesmo espaço é usado para abrigo temporário de idosos sem vínculos familiares, o que aumenta a demanda por um local já inflado.

c) Os dados analisados indicam a necessidade de melhora nos espaços físicos de alguns centros de atendimento à população para proporcionar: conforto a quem está sendo atendido; sigilo profissional no atendimento aos idosos e melhorias na rotina de trabalho. É preciso também

capacitar servidores na temática de idosos e dialogar com as famílias e comunidades para construção de serviços mais afinados ao que as populações precisam.

3.2.2 Saúde

De acordo com a Secretaria de Estado de Saúde (Ses), existe no Distrito Federal o Núcleo de Saúde do Idoso (NUSI), desde 1992. O núcleo se propõe a desenvolver atividades com objetivo de prover suporte técnico-científico para avaliação, supervisão e capacitação de recursos humanos de modo descentralizado. Também faz levantamento de dados epidemiológicos, elabora protocolos de pesquisa e materiais educativos. Regionalmente, a rede de atenção à saúde da pessoa idosa se consolida nos Programas de Atenção Integral à Saúde do Idoso (PAISI). As ações são integrativas das diferentes faixas etárias. Diversos programas existem concomitantemente, como Núcleos de Saúde do Homem e da Mulher, atenção aos pacientes com diabetes, hipertensão arterial e terapias integrativas de saúde.

A Secretaria de Saúde informou a existência de padronização no fluxo de atendimento às pessoas idosas, pautado no princípio da integralidade dos serviços de saúde. Inicialmente, o acompanhamento deve ser realizado pelos Centros de Saúde ou Programa de Saúde da Família, seguidos pelos encaminhamentos sugeridos: exercícios físicos, acompanhamento por geriatra ou por especialistas de saúde mental em ambulatórios e/ou em Centros de Atenção Psicossocial (Caps e Caps AD).

A Ses-DF também afirmou a existência de diretrizes para a internação e alta hospitalar de pessoas idosas. De acordo com tais linhas de atuação, ao receber alta de um hospital, a pessoa passa a ser acompanhada pelo Programa de Internação Domiciliar, pelo Programa Saúde da Família ou pelo Centro de Saúde, se necessário, com a manutenção do vínculo com acompanhamento ambulatorial. Nas situações em que a pessoa idosa não possuir vínculos familiares ou não tiver rede de apoio, o caso será encaminhado para atendimento pelas unidades executoras da Política de Assistência Social.

Problemas identificados: a descrição dos serviços disponíveis para idosos por parte da Ses-DF, em princípio, parece completa e com objetivo de garantir o princípio da integralidade preconizado pelo Sistema Único de Saúde. Entretanto, cabe dizer que:

- a) Profissionais que trabalham diretamente na execução dos serviços enfrentam dificuldades cotidianas, como é o caso da falta de transporte/combustível para fazer acompanhamento domiciliar. Os dois questionários preenchidos por profissionais da Secretaria de Saúde também apontaram quantidade insuficiente de recursos humanos para criar projetos e ampliar programas existentes.
- b) A Secretaria de Saúde não encaminhou proposta de recursos orçamentários para esses serviços e não informou sobre questões relevantes para compreensão da política de

saúde, como um todo, no Distrito Federal. Não há dados disponíveis ou de fácil acesso sobre a demanda reprimida, ou seja, tempo de espera de atendimento, nos Centros de Saúde e hospitais – em todas as especialidades e níveis. Também não há informações sobre área de cobertura das equipes existentes do Programas de Saúde da Família e da internação domiciliar. Esses dados são essenciais para avaliação da rede de atenção à saúde da pessoa idosa.

- c) Ter como foco principal a família como agente de cuidados (na internação e alta hospitalar) pode representar um duplo problema. Por um lado, pode-se desviar da criação de estratégias públicas, coletivas, para lidar com questões relativas ao envelhecimento e processos de saúde/doença. Por outro, pode contribuir para a alta demanda por abrigos para idosos com frágeis vínculos familiares, pessoas que poderão não ser atendidas pelas unidades de Assistência Social devido à falta de espaços/instituições para abrigamento de longa permanência, como apontado na seção anterior.

3.2.3 Educação

A Secretaria de Estado de Educação do DF não enviou qualquer informação à Prodide para análise. Portanto, não é possível descrever detalhadamente os serviços, projetos, programas ou ações específicos para a população em questão. Além de estar listada como central na Política Nacional do Idoso, percebe-se a importância da educação sobre a temática quando

considerada a alta taxa de analfabetismo entre idosos no país e no DF.

De acordo com o Censo de 2010, 39,2% dos idosos brasileiros não sabem ler e escrever, e cerca de 13% dos idosos no DF estão na mesma condição. Isso que dizer que quase 26 mil pessoas residentes no Distrito Federal são analfabetos. Segundo as análises do IBGE, os municípios do Brasil que não oferecem programas de educação de jovens e adultos (EJA) são os que possuem maior quantidade de pessoas idosas sem instrução formal básica (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

Isso não se aplica ao DF, que contém 110 escolas com programas de EJA, com ações para Ensino Fundamental e/ou Médio, a depender do colégio. O Censo Escolar de 2011 do DF¹⁰ indicou a matrícula de 57.831 estudantes nessa modalidade educacional (DISTRITO FEDERAL, 2011a). No entanto, o grande número de pessoas idosas analfabetas pode ser influenciado por problemas na implementação dos serviços para parcela adulta. Como apontado pela jornalista Helena Mader, na reportagem para o Correio Braziliense intitulada *Programa de educação voltado pra jovens e adultos está falido no DF*, de 24 de junho de 2012, poucos estudantes conseguem finalizar o ciclo básico de estudos pelo EJA. A reportagem afirmou que, de cada 100 matriculados, somente 14 conseguem concluir o semestre (MADER, 2012).

10 O Censo Escolar pode ser acessado em: <http://www.se.df.gov.br/?page_id=310>.

Problemas identificados: falta de informações sobre:

- a) programas educacionais para redução das taxas de analfabetismo entre idosos;
- b) dados quantitativos sobre inserção dessa parcela populacional nas escolas, pois nem o Censo Escolar possui descrição sobre faixa etária dos estudantes;
- c) cursos/conteúdos voltados para a valorização do envelhecimento como experiência positiva;
- d) cursos profissionalizantes com foco no atendimento ao idoso, como cuidadores;
- e) atividades de abertura da escola para a comunidade em que idosos sejam convidados a participar ativamente.

3.2.4 Trabalho e Previdência Social

Não há informações, por parte de qualquer um dos órgãos gestores do GDF, de que poderiam elucidar como está a situação trabalhista de pessoas acima dos 60 anos. A Secretaria de Estado de Trabalho e a de Agricultura e Desenvolvimento Rural não responderam à solicitação da Prodide. As Secretarias de Desenvolvimento Econômico e da Micro e de Pequena Empresa e Economia Solidária afirmaram a inexistência de ações, programas ou projetos específicos para população idosa.

Esses órgãos gestores precisam, portanto, conhecer o perfil dos trabalhadores rurais e urbanos, e dos micro e pequenos empresários, para criar estratégias de atuação política que inclua o segmento populacional aqui em questão. Isso porque, embora a maior parte das pessoas acima de 65 anos possa ser aposentado ou

receber algum benefício sócio-assistencial, ainda restam aqueles que podem estar no mercado de trabalho ou desejem dedicar tempo à atividades econômicas.

3.2.5 Habitação e Urbanismo

A Secretaria de Estado de Habitação, Regularização e Desenvolvimento Urbano (Sedhab) não encaminhou dados sobre a especificidade do trabalho realizado com e para idosos. No entanto, pelas informações públicas disponíveis, é possível dizer que o maior programa dessa Secretaria, em conjunto com a Companhia de Desenvolvimento Habitacional (Codhab), o Morar Bem. Ele tem como objetivo disponibilizar casas e apartamentos para a população, por meio de parcerias público-privadas, e que serão financiadas pelo programa Minha Casa, Minha Vida, da Caixa Econômica Federal e do Governo Federal. Um dos critérios de classificação e de seleção das pessoas a serem beneficiadas pelo programa Morar Bem passa por ter membros da família idosos ou com deficiência (DISTRITO FEDERAL, 2011b)¹¹.

Além das pessoas sem local para residência, há de se prestar atenção àquelas que residem em casas instáveis ou inseguras. Em 2009, a Codeplan, pesquisou sobre domicílios precários em regiões de baixa renda no DF. As cidades usadas para levantamento dos dados foram: Gama, Brazlândia, Planaltina, Paranoá, Ceilândia, Samambaia, Santa Maria, São Sebastião, Recanto das Emas, Riacho Fundo, Riacho Fundo II, Varjão, Estrutural, Sobradinho II

¹¹ Ver as respostas às dúvidas frequentes em: <<http://www.morarbem.df.gov.br/Pdf/DuvidasfrequentesSite2012.pdf>>.

e Itapoã. O estudo analisou as condições de moradia de famílias com renda de até dois salários-mínimos (COMPANHIA DE PLANEJAMENTO DO DISTRITO FEDERAL, 2009)¹².

Para medir a precariedade das moradias, foram analisados critérios como características físicas do imóvel, acesso à água encanada e tratamento de esgoto, coleta de lixo, densidade de moradores por dormitório e presença de banheiro. Em geral, a pesquisa demonstrou que quase todos os domicílios de baixa renda são precários, nas 15 regiões administrativas selecionadas para a amostra. Em alguns locais, as condições eram piores, como Varjão, Estrutural, Sobradinho II e Itapoã.

Problemas identificados:

- a) Há necessidade de discussão sobre abrangência da política habitacional nos termos do Morar Bem para avaliar o impacto do programa na redução do número de pessoas sem habitação no DF, em especial, população em situação de rua. É possível que essa parcela populacional, formada também por idosos, não seja atingida pelo programa. Vale lembrar que o IPEA (2006), estimava em 7,2 milhões¹³ o déficit habitacional total, urbano e rural, do país.
- b) A pesquisa de 2009 realizada pela Codeplan apontou que, naquele ano, a população acima de 60 anos de baixa renda dessas regiões administrativas girava em torno de

¹² O salário-mínimo, à época, tinha valor de R\$ 465,00.

¹³ Ver em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1119:reportagens-materias&Itemid=39>.

14 mil pessoas. Provavelmente esses idosos viviam em residências em péssimas condições. Sobre isso, não foi possível encontrar informações sobre ações de melhoria habitacional, como proposto pela própria Codeplan.

- c) Não há dados suficientes para avaliar o andamento de projetos de acessibilidade urbana para pessoas idosas e com deficiência no DF – incumbência da Sedhab – como disposto na Política Nacional do Idoso.

3.2.6 Justiça

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) tem, em sua estrutura, a Central Judicial do Idoso (CJI). A Central é resultado de uma parceria entre MPDFT e Defensoria Pública do DF. De acordo com os questionários respondidos por profissionais da CJI, a função da unidade é “prestar assistência jurídica integral aos idosos”, “promover os direitos, resolver conflitos e divulgar o Estatuto do Idoso”. Para cumprir tal objetivo, as pessoas atendidas recebem acolhimento jurídico e psicossocial, além de encaminhamentos para serviços da rede pública de atendimento, como os ofertados pela Secretaria de Desenvolvimento Social e Transferência de Renda.

Problemas identificados:

- a) Os questionários respondidos pela Central Judicial do Idoso informaram sobre a carência de espaço adequado para acomodação e acolhimento dos idosos. Além disso, um questionário apontou carência de

pessoas especializadas na área, principalmente entre os profissionais do direito.

- b) Somente foi possível acessar dados sobre a CJI. Porém, de acordo com a Política Nacional do Idoso (BRASIL, 1994), pessoas acima de 60 anos devem ser priorizadas nas esferas jurídicas, inclusive com tramitação preferencial dos processos judiciais. Sobre isso, a equipe do Setmac não possui qualquer dado.
- c) De acordo com a reportagem de Renata Mariz, de 15 de março de 2012, três regiões administrativas com menor renda familiar do DF não possuem cobertura pela Defensoria Pública do DF. São elas: Varjão, Cidade Estrutural e Itapoã. Isso aponta possível desproteção de pessoas idosas no acesso ao Poder Judiciário.

3.2.7 Cultura

De acordo com a Secretaria de Estado de Cultura, idosos no DF possuem direito a desconto de 50% no valor dos ingressos em eventos culturais, como espetáculos de música, teatro e cinemas.

Problemas identificados: embora o documento enviado à Prodidre tenha informado a existência de um programa de trabalho com o nome *Assistência ao Idoso*, com disponibilidade orçamentária de R\$ 310.812,00, até o dia 7 de novembro de 2012, esse valor não tinha sido investido.

3.2.8 Esporte

A Secretaria de Estado de Esporte informou à Prodidre que incentiva a prática de exercícios físicos por idosos por meio dos Centros Olímpicos e da Escola de Esportes. Nos Centros Olímpicos, em 2012, 489 idosos foram atendidos. Na Escola, 475 foram matriculados naquele ano. Houve parceria com a Secretaria de Saúde, proporcionando espaço para a criação do Programa Saúde da Família no Centro Olímpico do Gama.

Problemas identificados:

- a) A Secretaria afirmou que, para 2013, há pretensão de dar prioridade de acesso às vagas para pessoas idosas. Entretanto, não indicou aumento no número de vagas ou qual impacto esperado de tal mudança para a população idosa.
- b) Não menciona a existência de convênios e/ou parcerias para implementação de projetos de esportes em comunidades. Esses poderiam ampliar o acesso de pessoas idosas às ações propostas.

3.2.9 Transporte

A Secretaria de Estado de Transporte informou que três de suas ações têm interlocução direta com a população idosa:

- a) controle do cumprimento de normas de acessibilidade em todos os veículos do transporte coletivo; b) adaptações estruturais em terminais; c) capacitação de gestores e trabalhadores das empresas

de ônibus do DF; d) parceria com secretaria de educação para sensibilização dos jovens sobre direitos dos idosos.

Problemas identificados:

- a) Segundo reportagem de Lilian Tahan e Luiz Calcagno, de 23 de maio de 2012, “a cada dez pessoas que sobem no coletivo, nove se sentem insatisfeitas”. É urgente a reformulação da política de transporte público no DF, privilegiando a coletividade e o aumento da mobilidade urbana.
- b) Embora existam ações programadas que afetariam especificamente pessoas acima de 60 anos, a Secretaria de Transporte afirmou não haver dotação orçamentária, em 2012, para a execução dos programas, tornando-os ineficazes, senão, inexistentes.
- c) De acordo com o Estatuto do Idoso, é garantido às pessoas de 65 anos ou mais o direito ao transporte coletivo gratuito. A Secretaria não mencionou quais as dificuldades para o cumprimento dessa norma.

3.2.10 Atuação da Secretaria Especial do Idoso

A Política Nacional do Idoso não obriga a criação de órgãos de governo específicos para lidar com a temática. Mas, parece tendência do espaço político brasileiro gerar espaços que trabalhem com temas particulares em interlocução com direcionamentos mais gerais¹⁴. Talvez por uma avaliação positiva dessa tendência,

¹⁴ Por exemplo, criação de secretarias especializadas no âmbito federal: Secretaria de Políticas para Mulheres, Secretaria de Políticas para Igualdade Racial, Secre-

em 2011, no Distrito Federal, foi estabelecida uma Secretaria com objetivo de promover ações para a efetivação dos direitos da pessoa idosa, combater a violência e maus-tratos contra o idoso, oferecer-lhes atividades esportivas, culturais e lazer. Com objetivos direcionados diretamente às questões trabalhadas ao longo desse artigo, seria impossível desviar atenção da atuação desse órgão de governo.

Destaca-se a resposta proveniente da Secretaria de Estado do Idoso à requisição da Prodide. De acordo com o documento enviado, os anos de 2011 e 2012 foram marcados por seis ações principais: a) reestruturação funcional de alguns Centros de Convivência ao Idoso (CCI), com implantação de atividades físicas, oficinas, palestras e testes de avaliação de saúde; b) programa *Caravana da Solidariedade*, cujo objetivo foi assistir a população idosa nas cidades-satélites, para detecção de problemas como violência e analfabetismo, orientações sobre legislação, saúde mental, e aferição de pressão arterial e glicose; c) orientação, por parte de educadores físicos, dos idosos usuários dos Pontos de Encontro Comunitários sobre melhor maneira de praticar exercícios físicos; d) diversas campanhas de conscientização, por meio de material publicitário, palestras, passeios cívicos e culturais; e) reforma do CCI do Núcleo Bandeirante (em andamento à época do ofício);

taria de Direitos Humanos. Em março de 2012, o ministro da Previdência Social anunciou intenção de o governo criar uma Secretaria Nacional do Idoso (PRESSE, 2012). Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica-brasil-economia/33,65,33,14/2012/03/16/interna_politica,293615/governo-deve-criar-secretaria-para-politicas-publicas-para-idoso.shtml>.

f) construção dos CCIs do Varjão (em andamento) e Águas Claras (sem previsão de início à época).

Em primeiro lugar, o carro-chefe parece ser a *Caravana da Solidariedade*. Esse programa concentra a maior parte das ações executadas pela Secretaria do Especial do Idoso. Em entrevista concedida à equipe pesquisadora, o secretário Ricardo Quirino falou sobre a importância desse tipo de programa e afirmou o compromisso de continuá-lo em 2013. Quando questionado sobre as perspectivas de futuro, sr. Quirino respondeu:

“Especialmente uma atuação maior com relação ao atendimento e à população à nível residencial. A gente vai intensificar mais esse trabalho de secretaria comunitária, por que é ali que a gente consegue ter acesso aos dados que geralmente não chegam às próprias autoridades, por medo receio mesmo das pessoas, e para ficar mais próximo da população” (Ricardo Quirino, em entrevista realizada no dia 4 de outubro de 2012).

A Secretaria informou ter atendido (no biênio 2011 – 2012), 1.235 pessoas, com prestação de informações, orientações, acolhimento de denúncias, recebimento de elogios e de reclamações. A isso, adiciona-se que o documento oficial informou realização de atendimentos e de procedimentos como: marcação de consultas médicas, exames de alta complexidade, cirurgias e tratamentos médicos. De acordo com o sr. Ricardo Quirino, as ações estariam relacionadas à preocupação secretarial de construir:

“Um sistema de conscientização na população com relação aos direitos dos idosos, especialmente nas violações” (Ricardo Quirino).

Para o entrevistado, a Secretaria não se configuraria somente como um espaço receptivo dessas reclamações/denúncias, mas como órgão de intervenção direta:

“Nós estamos fazendo essa exposição, até com peças teatrais que abordam violência, desrespeito, preconceito contra o idoso. Também atendendo as denúncias e demandas. A gente tem essa ouvidoria que, em alguns casos, vai observar as denúncias in loco. Dependendo da situação, a gente disponibiliza uma equipe de profissionais, advogados, psicólogos, assistentes sociais, como hoje, que temos uma visita pra fazer, para verificar a situação, se a denúncia procede” (Ricardo Quirino, em outubro de 2012).

Vale a pena tecer alguns comentários sobre esses feitos. Em primeiro lugar, os dados enviados por esse órgão de governo são de difícil compreensão: não se sabe quais foram as reais ações executadas e/ou qual a atribuição da Secretaria na mediação para que elas acontecessem (exames, cirurgias, marcação de consultas). Em segundo lugar, não há informações sobre as atividades básicas levadas a cabo por todos os Centros de Convivência do Idoso, nem sobre o diálogo entre esses centros e outros programas porventura existentes nas regiões administrativas. Por exemplo, os profissionais de Educação Física dos CCIs e dos Pontos de Encontro Comunitários são vinculados a qual Secretaria ou empresa? Em terceiro, vários serviços indicados coincidem com

as funções de outras instâncias, como Central Judicial do Idoso, Delegacias de Polícia, unidades da Política de Assistência Social, serviços de saúde, etc.

4 Considerações Finais

Os dados analisados permitem afirmar que há urgência na potencialização das instâncias burocráticas estatais para enfrentar as infrações aos direitos dos idosos, seja preventivamente, seja na atuação eficaz após as situações serem deflagradas. As análises demonstram que a preocupação com o diálogo entre MPDFT e instâncias do Governo do Distrito Federal é fundamental para formular e implementar políticas sociais eficazes. A interlocução pode, em médio prazo, diminuir a demanda por atuação das procuradorias e promotorias de justiça na garantia de acessos de indivíduos específicos a serviços essenciais para uma vida com dignidade.

A realidade atual das políticas sociais disponíveis para idosos é complexa. A falta de informações sobre as ações direcionadas às pessoas idosas, por parte do Governo do Distrito Federal (GDF), impossibilitou o mapeamento acurado dos programas, projetos e atividades existentes, assim como das dificuldades encontradas pelos órgãos gestores e executores em relação a essa parcela da população. A não socialização dos dados por parte das Secretarias de Estado do GDF cria obstáculos para avaliações e fiscalizações do trabalho levado a cabo pelas instâncias governamentais.

De modo resumido, pode-se apontar as principais deficiências da atuação do GDF nas seguintes áreas:

- a) Assistência social: no planejamento plurianual, as metas estabelecidas não estão sendo cumpridas, o que parece revelar descompromisso com a área social. Esse descompasso entre propostas e resultados é agravado pela falta crônica de unidades executoras dessa política, como Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), instituições de acolhimento temporário e de longa permanência para idosos. Para a implementação da Política Nacional do Idoso no tocante à assistência social, o DF carece de mais profissionais especialistas e de capacitação continuada dos recursos humanos existentes.
- b) Saúde: há indícios de que os serviços de atenção básica não são suficientes para atendimento de toda a população do DF, em especial, dos Programas de Saúde da Família e equipes de acompanhamento de internação domiciliar. A falta dessas ações pode causar prejuízos para a manutenção da saúde e para o tratamento de doenças das pessoas idosas. Inclusive, a baixa cobertura de Programas de Saúde da Família podem criar empecilhos para cuidado de idosos que, por algum motivo, não possam se deslocar a um Centro de Saúde ou hospital.
- c) Educação: não existem dados da Secretaria de educação sobre: programas, projetos educacionais e conteúdos

programáticos, para todas as faixas etárias, que contribuam para a valorização da pessoa idosa.

- d) Trabalho e previdência social: não há informações, por parte dos órgãos gestores, que elucidem qual é a situação trabalhista de pessoas acima dos 60 anos. Precisa-se conhecer o perfil dos trabalhadores rurais e urbanos, e dos micro e pequenos empresários para criar estratégias de atuação política que inclua o segmento populacional aqui em questão.
- e) Habitação e urbanismo: não há dados suficientes para avaliar o andamento de projetos de acessibilidade urbana para pessoas idosas e com deficiência no DF. Tais projetos são de responsabilidade da Secretaria de Estado de Habitação. Há necessidade de discussão sobre abrangência da política habitacional consolidada no Programa Morar Bem. Vale lembrar que o Ipea, em 2006, estimava em 7,2 milhões o déficit habitacional do país.
- f) Cultura: houve informação da existência de um programa de trabalho com o nome *Assistência ao Idoso*, porém os recursos financeiros disponíveis (R\$ 310.812,00) não foram utilizados, o que torna a ação ineficaz na garantia do direito da pessoa idosa.
- g) Transporte: existem ações com a pauta “Idosos” mas não houve dotação orçamentária, em 2012, para a execução dos programas. A Secretaria não mencionou quais são as

dificuldades em garantir às pessoas de 65 anos ou mais o direito ao transporte coletivo gratuito.

Ao final do presente artigo, pode-se afirmar que as políticas sociais existentes no Distrito Federal voltadas para pessoas idosas carecem de avaliações constantes. Há indícios de que elas não atendem plenamente a população acima dos 60 anos em sua demanda atual, o que se torna grave quando a projeção de crescimento dessa parcela populacional é de aumento, e não de redução. Pondera-se também que parece haver desconexão entre serviços implementados por diferentes órgãos do GDF, por vezes, um se sobrepondo ao outro. Esse tipo de atuação revela dificuldades de gestão, provável desperdício de recursos e empobrecimento das Secretarias de Estado para a realização de atividades afinadas com a necessidade da população.

É possível que as Secretarias do Governo do Distrito Federal não dialoguem entre si sobre os entraves para atuação com idosos e sobre as potentes soluções para as dificuldades encontradas pelos diversos segmentos no que se refere à interface política e envelhecimento: gestores e administradores, profissionais de ponta, movimentos sociais, comunidades, famílias e, principalmente, os próprios idosos. Inclusive, percebeu-se ausência de referências ao controle social exercido pelos próprios idosos sobre as ações estatais direcionadas a eles.

É preciso lembrar que “envelhecer repercute diretamente em todas as políticas, redimensionando demandas e anseios dos vários grupos etários, homens e mulheres” (GIACOMIM,

2012). Nesse texto, procurou-se demonstrar a relevância da implementação de ações públicas direcionadas à criação de imagens positivas do envelhecimento, deslocadas da noção de incapacidade corporal e mental. É no curso do desenvolvimento humano que políticas de educação, de saúde, de redução das desigualdades sociais, de habitação e de promoção da qualidade de vida, inclusive de preservação ambiental, podem garantir que longevidade seja conjugada com a produtividade – de outro tipo, que não necessariamente atividade laboral.

Portanto, a maior sugestão resultante dessa pesquisa é que a Secretaria Especial do Idoso repense suas ações e redimensione sua missão institucional. Isso permitirá que as atividades desenvolvidas não se sobreponham às de órgãos executivos e que o trabalho se volte para a assessoria ao GDF na matéria específica do envelhecimento. O papel dessa Secretaria poderá se consolidar: na interlocução entre unidades governamentais, ou seja, na promoção dos diálogos frequentes entre os gestores das demais Secretarias de Estado; e na elaboração de diretrizes de atuação governamental para valorização do processo de envelhecimento e da pessoa idosa, para o combate à violência direcionada a esta parcela populacional, para o atendimento integral das necessidades do idoso e para a garantia de seus direitos.

Entende-se que Secretaria Especial do Idoso deve estar à frente da articulação entre Secretarias do GDF para elaborar um Plano de Ação Intersetorial para atendimento das pessoas acima de 60 anos em todas as políticas sociais. Tal Plano deve conter

especificação das ações a serem realizadas por cada Secretaria de Estado, fazendo com que o compromisso seja compartilhado e pactuado pelos gestores para a consolidação dos direitos dessa parcela da população. Ressalta-se que o estabelecimento de prazos e cronogramas são essenciais para produção de resultados e alcance das metas propostas.

Title: A Look on the Elderly: Study on Policies, Programs and Public Services for the Population Over 60 Years Old in the Federal District

Abstract: As the population grows older, Brazil needs to take into account the new age profile and unequal access to public services and private asymmetries arising from class, race / color, gender and sexuality. Look what aging is to become aware of the need for political strategies in a range of important social areas. The article is the result of exploratory research on policies, programs and services developed by the Government of the Federal District. Delimited by the duties defined in the National Policy for the Elderly, the text critically debates governmental actions undertaken by each State Secretariat in DF. The analyzed data revealed that there is urgency in empowerment of the bureaucratic state to confront the violations of the rights of the elderly. Analyses show that the concern with the dialogue between MPDFT and instances of the Federal District Government is essential to formulate and implement effective social policies. There are indications that the available services do not serve the population over 60 years in their current demand which becomes severe when the projected population growth of this segment is to increase rather than decrease. It also takes into consideration the fact that there seems to be a disconnection between services implemented by different branches of GDF sometimes overlapping one another. This type of action shows management difficulties, likely wasting resources and impoverishment of Secretaries of State to conduct activities attuned to the needs of the population.

Keywords: Social policy analysis. Elderly. Public services. Government of the Federal District.

Referências

ABRAMS, P. Notes on the difficulty of studying the state (1977). *Journal of Historical Sociology*, [S. l.], v. 1, n. 1, 1988.

ADDIS, M. E.; MAHALIK, J. R. Men, masculinity, and the contexts of help seeking. *American Psychologist*, Boston, v. 58, n. 1, p. 5-14, 2003.

ÁLVARES, L. 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*. 1. ed. Brasília: Lúmen Juris, 2012. p. 249-259.

BARROS, R.; FOGUEL, M. N.; ULYSSEA, G. *Desigualdade de renda no Brasil: uma análise da queda recente*. Brasília: Ipea, 2007.

BEAUVOIR, S. de. *A velhice*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BRASIL. Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 jan. 1994.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre

o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 01 out. 2003.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Índice de desenvolvimento dos Centros de Referência de Assistência Social*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social/psb-protecao-especial-basica/cras-centro-de-referencias-de-assistencia-social/cras-institucional>>.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Norma operacional básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB – SUAS)*. Brasília, DF, 2005.

BRASIL. Presidência da República. Portal Brasil. *Denúncias de violação a direitos humanos crescem 77% em 2012*. Brasília, DF, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/12/denuncias-de-violacao-a-direitos-humanos-crescem-77-em-2012>>.

CHOMSKY, Noam; HERMAN, Edward. *A manipulação do público: política e poder econômico no uso da mídia*. São Paulo: Futura, 2003.

COMPANHIA DE PLANEJAMENTO DO DISTRITO FEDERAL. *Perfil da população idosa do Distrito Federal*. Brasília, DF, 2012.

COMPANHIA DE PLANEJAMENTO DO DISTRITO FEDERAL. *Pesquisa socioeconômica em domicílios precários*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www>>.

codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/Pesquisas%20Socioecon%C3%B4micas/Domicilios%20Precarios.pdf>.

DISTRITO FEDERAL (BRASIL). Secretaria de Educação. *Censo Escolar 2011*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.se.df.gov.br/?page_id=310>.

DISTRITO FEDERAL (BRASIL). Secretaria de Estado de Habitação, Regularização e Desenvolvimento Urbano. *Programa morar bem*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.morarbem.df.gov.br/Pdf/DuvidasfrequentesSite2012.pdf>>.

DISTRITO FEDERAL (BRASIL). Secretaria de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania. Defensoria Pública. *Número de denúncias de maus-tratos contra idosos cresceu 132% entre 2011 e 2012*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.defensoria.df.gov.br/?p=7420>>.

GATTI, B.; PEREIRA, C. P. *Projeto renovando a cidadania: pesquisa sobre a população em situação de rua no DF*. Brasília: Gráfica Executiva, 2011.

GIACOMIM, K. Dez anos do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso. *Revista Portal de Divulgação*, [S.l.], ano 3, n. 26, 2012. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/revista/index.php>>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br>>.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Habitação: sob o teto que não protege*. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1119:reportagens-materias&Itemid=39>.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Radar social*. Brasília, DF, 2005.

LÉTTI, M. *Entre velhas (e) histórias: estudo sobre idosas em situação asilar*. 2008. 103 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia)-Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008.

LINHARES, C. R. C. et al. Perfil da clientela de um ambulatório de geriatria do Distrito Federal. *Psicologia: reflexão e crítica*, Rio Grande do Sul, v. 16, n. 2, 2003.

MADER, Helena. Programa de educação voltado para jovens e adultos está falido no DF. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 24 jun. de 2012. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/06/24/interna_cidadesdf,308844/programa-de-educacao-voltado-para-jovens-e-adultos-esta-falido-no-df.shtml>.

MALDONADO, Raquel. Brasília contrasta riqueza e desigualdade após quase 50 anos de existência. *UOL Notícias*, São Paulo, 15 abr. 2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/especial/2010/brasil-50-anos/2010/04/15/brasil-contrastariqueza-e-desigualdade-apos-quase-50-anos-de-existencia.jhtm>>.

MARIZ, Renata. Serviços da Defensoria Pública não chegam à população com menor renda. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 15 mar. 2012. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/03/15/interna_cidadesdf,293371/servicos-da-defensoria-publica-nao-chegam-a-populacao-com-menor-renda.shtml>.

NÚMERO de denúncias de violência contra idosos sobe quase 200% em 2012. *Revista Época*, São Paulo, 10 dez. 2012. Seção Violência. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2012/12/numero-de-denuncias-de-violencia-contra-idosos-sobe-quase-200-em-2012.html>>.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Temas de la salud: envejecimiento. Envejecimiento y ciclo de vida: 10 datos sobre el envejecimiento de la población*. [S. l.], 2012. Disponível em: <<http://www.who.int/topics/ageing/es/index.html>>.

PEREIRA, P. A. P. *Concepções e propostas de políticas sociais em curso: tendências, perspectivas e consequências*. Brasília: NEPOS/CEAM/UnB, 1994.

PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Rio de Janeiro: IBGE, v. 30, 2009. p. 1-133.

PRESSE, France. Governo deve criar secretaria para políticas públicas para idoso. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 16 mar. 2012. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica-brasil-economia/33,65,33,14/2012/03/16/interna_politica,293615/governo-deve-criar-secretaria-para-politicas-publicas-para-idoso.shtml>.

RAMOS, L. R. Fatores determinantes do envelhecimento saudável em idosos residentes em centro urbano: Projeto Epidoso. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 793-798, maio/jun. 2003.

REVISTA DOS DIREITOS DA PESSOA IDOSA: o compromisso de todos por um envelhecimento digno no Brasil. Brasília: SDH/PR, edição especial, nov. 2011. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/3cndpi/doc/Revista_DireitosPessoa_Idosa.pdf>.

RIBEIRO, L.; SCHRAMM, F. A necessária frugalidade dos idosos. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, 2004.

SILVA, I. R. da; GUNTHER, I. A. Papéis sociais e envelhecimento em uma perspectiva de curso de vida. *Psicologia: teoria e pesquisa*, Brasília, DF, v. 16, n. 1, jan./abr. 2000.

SILVA, J. M. da. *A miséria do jornalismo brasileiro: as (in)certezas da mídia*. Petrópolis: Vozes, 2000.

SILVA, L. M. da. Imprensa e cidadania: possibilidades e contradições. In: MOTTA, Luiz Gonzaga (Org.). *Imprensa e poder*. Brasília: UnB, 2002.

SWAAN, A. de. *In care of the State*. New York: Oxford University, 1988.

TAHAN, Lilian; CALCAGNO, Luiz. Nove entre 10 usuários de ônibus estão descontentes com o transporte no DF. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 23 maio 2012. Disponível em: <<http://www2.correiobraziliense.com.br/sersustentavel/?p=2845>>.

UCHÔA, E. Contribuições da antropologia para uma abordagem das questões relativas à saúde do idoso. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 849-853, maio/jun. 2003.

WASELFISZ, J. *Mapa da violência: a cor dos homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPP/PR, 2012.

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

REIS, Izis Morais Lopes dos; RENAULT, Ana Carolina Nunes. Um olhar sobre os idosos: estudo sobre as políticas, programas e serviços públicos para população acima de 60 anos no Distrito Federal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 135-186, 2013. Anual.

Submissão: 04/03/2013

Aceite: 21/06/2013

Afinal, o que São Maus Antecedentes?

Ivaldo Lemos Júnior

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, titular da 3ª Promotoria de Justiça de Entorpecentes do Distrito Federal. Mestre em Direito e Estado e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

Resumo: Este artigo trata dos “maus antecedentes”, instituto de direito penal bastante conhecido, porém ainda mal explicado e mal compreendido. O objetivo é revisar o tema, à luz da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos acórdãos que a precederam, desta corte e também do Supremo Tribunal Federal (STF). O texto aponta várias inconsistências nos julgamentos de cerca de quarenta julgados e na formulação da súmula, e também propõe uma definição. Pela própria natureza orgânica do direito processual, o artigo acaba abordando outras questões interligadas, como a aplicação real de princípios jurídicos e a validade intrínseca da prova judiciária.

Palavras-chave: Penal. Processo penal. Maus antecedentes. Conceito.

Sumário: Introdução. 1 A Caracterização dos Maus Antecedentes e o Princípio da Presunção da Inocência. 2 A Dosimetria da Pena e a Fundamentação da Sentença Condenatória. 3 A Questão Hermenêutica e a Definição de Antecedentes. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

A expressão “maus antecedentes” é de alta indagação. O adjetivo “maus” insinua a possibilidade de utilização de seu contrário, “bons”. Efetivamente, faz parte do jargão forense dizer-se que o réu tem “bons antecedentes”. Isso não faz sentido. Ou o sujeito não tem antecedentes – nesse caso, não pode ser

“boa” uma coisa que não existe – ou os tem, e aí, sim, podem ser predicados de maneira negativa, maus, péssimos, etc.

Mas o problema maior está no próprio substantivo. Ninguém sabe exatamente o que “antecedente” significa. Trata-se de expressão legal, prevista nos Códigos Penal (art. 59) e de Processo Penal (art 6º, VIII) e na Lei de Execução Penal (art. 5º, dentre outros). Existe, portanto, no mundo jurídico, e precisa ser interpretada da melhor maneira possível.

O tema nada tem de novo. Muito já se escreveu sobre ele, mas é preciso audácia para dizer que continua aberto a novas leituras e carente de melhores explicações, a despeito da Súmula nº 444 do e. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”. É o que se propõe neste artigo.

Uma reflexão preliminar precisa ser feita, de caráter negativo, vale dizer, sobre aquilo que “antecedentes” não podem ser. Todas as definições passam pela compreensão do objeto em função de seus atributos, o que exclui tudo aquilo que não lhe é próprio. Isso é de percepção mais imediata no caso das coisas reais, palpáveis, como uma faca, que não pode ser, ao mesmo tempo, um livro (e vice-versa). Todavia, a constatação de que uma faca não é um livro é absolutamente verdadeira, e notoriamente insuficiente.

Já entes abstratos, de modo especial os de complexidade mais densa, permitem significações muito diversas e até mesmo

opostas. É o caso de vocábulos como “direito”, “justiça” e “igualdade”.

O termo “maus antecedentes” não é de uma ontologia paradigmática no sentido popperiano – ainda que possa produzir efeitos muito concretos, levando um ser humano a ficar algum tempo a mais ou a menos na cadeia –, mas é tampouco de uma complicação que estaria sujeito a discussões intermináveis.

Pois é assim que os repertórios dos Tribunais trataram a matéria, muitas vezes com significativas contradições dentro da própria Corte. O objetivo precípuo deste artigo não é colecionar ementas, para fins de depurações estatísticas, e muito menos tratá-las como “corrente dominante” ou “tendência”. Essa tarefa – que requereria um esforço realmente exaustivo – caberia à informática jurídica. Para fins de pesquisa, o que interessa é o conteúdo propriamente dito do assunto. Ao final, busca-se demonstrar que a súmula do STJ não o pacificou à plenitude.

Cumprindo inicialmente sublinhar que não há risco ao se afirmar que um “mau antecedente” não possa ser uma condenação passada em julgado. Se tal ocorreu, v.g., em 20 de janeiro de 2013, por um crime cometido em 17 de abril de 2011, e o sujeito foi preso em flagrante delito em qualquer data a partir de 21.1.2013, ele é tecnicamente reincidente. Tal crime não vale a título de antecedente, ou de “mau” antecedente, pois passou a funcionar como outra categoria legal.

Não tem cabimento que a mesma ocorrência funcione simultaneamente como reincidência e também como antecedente,

até porque este é avaliado na fixação da pena-base (CP, art. 59) e aquela, na segunda fase da dosimetria da pena (arts. 68 e 61, I). Um único fato majoraria a reprimenda duplamente, em duas etapas diferentes. Esse é o teor da Súmula nº 241, do STJ, com o que se está de pleno acordo: *“A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”*¹.

O primeiro passo é perceber que antecedente, seja lá o que for, é o interregno existente entre a data do cometimento do crime e o trânsito em julgado condenatório, quando então deixa de sê-lo, automaticamente (CP, art. 63). No exemplo dado anteriormente, ocorreu entre 18.4.2011 e 21.1.2013.

O segundo passo é relembrar que o artigo 59 do Código Penal também prevê a avaliação da circunstância da “conduta social” na dosagem da pena.

Uma conduta social notoriamente positiva é a do sujeito esforçado, trabalhador, bom pai de família, cumpridor dos deveres, religioso de preferência, com residência fixa², que teve a infelicidade de cometer um fato ilícito: por exemplo, um atropelamento com lesões corporais ou morte. O vulgo chama

1 Lembramos ainda que a reincidência – cuja constitucionalidade foi recentemente reafirmada pelo STF (RE 453000, julgado em 4.4.2013) – é fator que “sempre” agrava a pena, consoante preceituado pelo CP, art. 61, I, o que não ocorre com antecedentes. Além disso, a reincidência tem outras consequências específicas.

2 Asseverou Roberto Lyra (1958, p. 223): “É a conduta como cidadão, filho, pai, esposo, companheiro, amigo, profissional, como sócio de centros culturais, beneficentes, recreativos, esportivos, mundanos etc. A conduta, durante e depois do crime, entrará sempre na revelação da personalidade”.

tal acontecimento de “acidente” ou “desastre”, mas no jargão o correto é “crime culposo”.

Um réu com esse perfil – que seria considerado “normal”, senão “exemplar” – não pode e não será tratado como outro de índole muito diferente, moldado por conduta social claramente negativa. Esta respeita ao estilo de vida marcado pela ociosidade voluntária e inútil ou perigosa³, pelo convívio no meio da malandragem, envolvimento com armas, drogas, crimes em geral, e fontes de renda ignoradas, duvidosas ou ilícitas. Chama-se popularmente essas pessoas de “vagabundos”, “bandidos”, “ladrões”, “traficantes” etc. Mas essas palavras não têm uma semântica que se coaduna com a técnica mais estrita.

No particular, a formação pessoal do juiz terá papel relevante no julgamento. Um magistrado que tenha passado por dificuldades familiares e financeiras, e que tenha conseguido vencer na vida à base de grande sacrifício pessoal⁴, tenderá a cobrar dos outros – porque exigiu de si mesmo – que também tenha uma postura apropriada. Um rapaz de uns 20 anos, sem deficiências físicas ou mentais, que esteja muito atrasado nos estudos e que nunca trabalhou, pode eventualmente ser tido como sujeito de má conduta social.

3 Lembrando que os “valores sociais do trabalho” são um dos fundamentos da república brasileira, de acordo com a Constituição Federal (art. 1º, IV).

4 Algum esforço pessoal todos os juizes tiveram. Até agora não se ouviu falar de alguém tão inteligente que tenha conseguido ser aprovado em concurso público de altos níveis de dificuldade e concorrência, sem ter precisado estudar bastante.

Outros juízes talvez não sejam tão rigorosos ou, mais provavelmente, não farão muitas considerações na sentença acerca da circunstância em questão, simplesmente porque nada ou quase nada sabem acerca da trajetória do réu o qual está à sua frente.

Não são elaborados estudos sociais ou psicológicos profissionais por algum departamento forense – ao menos não de maneira rotineira, que possam alimentar o processo com informações detalhadas. O sentenciante, por ignorância ou por receio de incorrer em alguma generalização preconceituosa – como o fato de o réu morar em uma região mais pobre, ter alguma ocupação estigmatizada (como “flanelinha”) ou ter aparência que não inspire confiança⁵, prefere não perorar sobre o tema, mas também não se permite fazê-lo pesar desfavoravelmente na dosagem da pena. Confessa que ignora o assunto e nada faz a respeito.

O mesmo vale para a questão da “personalidade” do acusado, que o juiz tem apenas uma vaga noção, captada empiricamente quando do interrogatório, ou pelas circunstâncias objetivas do crime do qual é acusado naquele processo ou do qual o foi em outras ocasiões. Trata-se de um juízo superficial, não muito mais do que uma impressão⁶.

5 Há de se convir que possa até ser inocente o réu condenado, uma ou mais vezes, por tráfico de drogas, e que responda mais uma vez pelo mesmo crime. Mas começou seu novo processo de modo pouco auspicioso.

6 Acórdão do STJ (HC 128.800-MS, Rel. Min. Felix Fischer) relembra que o julgador, “de regra, não é psiquiatra nem psicólogo – não sendo, portanto, expert, pelo que ‘dificilmente’ poderá chegar a uma conclusão cientificamente sustentável”.

Ainda assim, intui-se que o passado das pessoas tenha influência no resultado do processo, e mesmo em seu desenvolvimento – não há como negar que o próprio tratamento dispensado ao réu será diferenciado casuisticamente. Por mais que ambos sejam *si et in quantum* presumidamente inocentes, seria injusto considerar-se absolutamente iguais um pai de família visivelmente constrangido por uma lesão corporal culposa que causou e um indivíduo cínico que nunca fez nada a não ser vender entorpecentes e ser preso e solto reiteradas vezes.

Conduta social tem a importância valiosa de contrastar com o instituto dos antecedentes. Aquela e estes não podem ser sinônimos. A lei se encarregou de prevê-los como circunstâncias judiciais distintas, de tal modo que compete ao intérprete fixar a diferença entre ambas, e não misturá-las.

Pois veja que se percebe um grande equívoco no seguinte acórdão do egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo:

Antecedentes são todos os fatos ou episódios da vida anteaacta do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, a avaliação subjetiva do crime. Tanto os maus e os péssimos, como os bons e os ótimos. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta os antecedentes judiciais, nunca restringindo simplesmente a existência ou inexistência de precedentes policiais e judiciais, mas levando-se em conta, também, o comportamento social do réu, sua vida familiar, sua inclinação ao trabalho e sua conduta contemporânea e subsequente à ação criminosa, para então qualificá-los em bons ou maus. (TACRIM-SP - HC - Rel. Manoel Carlos - RJD 7/191 -JUTACRIM 80/108, 87/127). (STOCO, 2007, p. 1186).

Aqui se considerou como antecedentes tudo o que o réu fez na vida, até as coisas “ótimas”, sejam elas quais forem. A Corte mencionou antecedentes, personalidade e conduta social, e os amalgamou como se fossem um único referente semântico. Mas é perfeitamente cabível que o sujeito tenha má conduta social e não antecedentes. A sentença pode e deve entender como de “má conduta social” alguém de boa família que teve oportunidade de frequentar a escola e/ou trabalhar, e preferiu a ociosidade e a droga – ainda que a ficha criminal não registre qualquer passagem pretérita.

A conduta em questão é “social” exatamente porque diz respeito à maneira de se comportar em relação aos outros. Todas as ocupações lícitas são úteis, mesmo as mais modestas e mal remuneradas. Quem aqui se apresenta é o indivíduo que não se esforça para ser produtivo e se fecha em um egoísmo perigoso, pois alguém terá que alimentá-lo e lhe proporcionar a subsistência, por bem ou por mal. A ocorrência criminal é “apenas” sintoma disso, uma decorrência previsível.

Pode-se concluir, provisoriamente, que antecedente não significa conduta social nem personalidade, porque tem um caráter mais estritamente jurídico, marcado pelos institutos do direito processual. Infere-se, ademais, que se trata de um antecedente de natureza criminal.

1 A Caracterização dos Maus Antecedentes e o Princípio da Presunção da Inocência

Como já dito, conduta social e personalidade são avaliações um tanto subjetivas do magistrado, que envolvem uma série de elementos variáveis, de valores que serão sopesados de modo mais pessoal, mas não são necessariamente de natureza criminal.

Já antecedente é fruto de providência real, tomada pelas autoridades públicas encarregadas da persecução criminal a título de “currículo” na vida penal do indivíduo⁷ – mas, repita-se, até o limite do trânsito em julgado, quando deixa de ser o que é, e passa a vigorar à guisa de reincidência.

Quais são essas autoridades e quais são essas providências?

As autoridades não são outras senão a Polícia, o Ministério Público e a Justiça Criminal⁸.

As providências são aquelas que pertencem há tempos à taxionomia jurisprudencial e doutrinária, e que são os instrumentos da atuação típica de cada qual:

- a) indiciamento em inquérito policial;
- b) ajuizamento de denúncia;

7 Nesse sentido, trecho do voto da relatora, Ministra Jane Silva (HC 81.866-DF), com o qual se concorda plenamente: “*Também não se pode tomar a confissão do réu, depoimentos de testemunhas ou mesmo a informação da Polícia Civil para caracterizar antecedentes, que é um dado técnico, devendo resultar de certidão cartorária para justificar majoração de pena*” (grifo nosso). O artigo 809, V, CPP, fala em “antecedentes judiciais”, expressão em desuso.

8 Exclui-se, destarte, investigações e processos civis, autuações tributárias ou financeiras, auditorias, processos administrativos disciplinares, processos judiciais cíveis, e quaisquer outras medidas não penais, ainda que venham a ter futuros reflexos penais.

c) condenação recorrível.

Muito se objeta a esse entendimento ao argumento de que nenhum desses atos poderia pesar em desfavor do réu que, até então, é considerado inocente. Ferir-se-ia o princípio da presunção da inocência.

No HC 79.966-3, o Relator para o acórdão, eminente Ministro Celso de Mello, entendeu que inquéritos, ações em curso e condenações não transitadas em julgado não são suficientes para caracterizar maus antecedentes, e que exacerbação da pena nesses termos revela-se “arbitrária”. Para Sua Excelência, é “inquestionável” que “somente” a condenação transitada em julgado pode “ostentar o status jurídico-penal de condenado”⁹.

Passa-se a analisar tal objeção.

Ninguém discute a obviedade de que, antes do trânsito em julgado, o réu é presumidamente inocente. Mas nenhum trânsito em julgado acontece sem uma série de atos que o preparam, e todos eles caminham em direção a um resultado final. O direito processual se aperfeiçoa para consolidar o direito material, o que não se dá de súbito, mas passo a passo, clareando os fatos e ensaiando sua definição.

Não há de se negar a importância do princípio da presunção da inocência, o qual merece todo o respeito como uma conquista do direito dos povos. Mas ele tem limites e precisa conviver em

⁹ O mesmo Relator havia proferido voto semelhante em julgado anterior (HC 684653/130). Ali se avaliou que inquéritos policiais ou ações em curso não se revestem de “suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena” e disse também que é “inquestionável” que “somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena”.

harmonia com outros princípios jurídicos, tão importantes quanto e até mais antigos do que ele.

Se fosse levado tão a sério, o princípio poderia impedir, por exemplo, a prisão provisória, que será um mal de difícil ou impossível reparação, caso o réu venha a ser absolvido no futuro, ou que venha a receber condenação sem restrição de sua liberdade. O problema inevitável é que a sentença sucede a prisão provisória, e ainda assim não o resolve totalmente, pois não vem desde logo passada em julgado, e sim vulnerável a recurso. Ressalte-se: é muito difícil que um ato judicial não seja objeto de recurso. O que se dirá da sentença, que é o ato judicial por excelência, o ponto culminante de todo o processo.

A questão da juridicidade da custódia provisória já está bem tratada. Ninguém questiona a necessidade das prisões em flagrante e preventivas, que não implicam adiantamento de uma pena que não se sabe se ou como virá, mas que traduz uma resposta rápida da lei, de mecanismo de se tirar de circulação alguém cuja liberdade põe outras pessoas, certas ou não, em perigo atual ou iminente.

O leigo tem dificuldade para entender como uma pessoa pode responder a processo em liberdade, ser condenada e, em seguida, solta. Advindo resultado desfavorável, sua situação passa a ser mais benéfica do que era antes. Aparentemente, mas apenas aparentemente, isso é um contrassenso, em virtude do compasso relativo entre os méritos dos processos de conhecimento e cautelar.

Se a prisão provisória é um mal necessário, o prestígio desproporcional do princípio da presunção da inocência seria algo pior – um mal desnecessário – que transformaria a lei em um instrumento demasiado fraco e impotente, e a sociedade estaria em um lugar mais perigoso para se viver do que já se encontra.

Quem milita na área criminal sabe que ao réu é concedida liberdade provisória quando a prova fica minguada com uma instrução deficiente, que aponta com clareza para o desfecho absolutório. Os méritos dos processos de conhecimento e cautelar não se misturam mas também não são totalmente separados. Se a prisão provisória não implica uma condenação antecipada, a recíproca não é verdadeira, pois a soltura muitas vezes desenha a crônica de uma absolvição anunciada. O que não acontecerá é de o juiz dizer isso expressamente. A decisão afirmará que não estão mais presentes os requisitos da medida excepcional da custódia preventiva – e não que provável ou certamente está a colocar o acusado em liberdade porque o absolverá.

Não é tão “inquestionável” assim, como dito pelo insigne ministro Celso de Mello, a noção de que somente condenações passadas em julgado é que definem de vez o *status* penal do réu. Esse entendimento foi revisto no julgamento do próprio HC 79.66-3, onde foi feita. O voto minoritário do Ministro Maurício Corrêa catalogou nada menos do que 30 acórdãos do STF no sentido contrário, e apenas 1 a favor.

Concluiu o saudoso Min. Corrêa que “esta relação de trinta por um não me parece suficiente para, a pretexto de enfatizar parte

não preponderante do acórdão impugnado, alterar a expressa orientação deste Tribunal”. Diga-se, desses 30, a maioria veio já sob a égide da Constituição de 1988, e a maior parte por votação unânime.

Afinal, o Supremo afirma que ação ou inquérito em curso fere o princípio da presunção de inocência, mas não demonstra tal assertiva com argumentos. Estes são utilizados para explicitar um juízo de fato, não para prová-lo.

Uma afirmação que carece de demonstração, por ser autoevidente, chama-se axioma ou postulado. Esse é um dos cerne das discussões filosóficas mais aprofundadas, que é o estabelecimento das premissas como fundamento do debate. Muitas vezes não se chega a esse consenso, e portanto o debate não chega propriamente a acontecer. Não passa de um pré-debate. Forçar um axioma é um vício conhecido no jargão como “petição de princípio”.

O presente artigo tem por objetivo mostrar que a questão não é axiomática. Por mais que o STF tenha, talvez, trocado um postulado por outro, o seu posicionamento antigo tinha a vantagem de definir o que são antecedentes. O atual diz somente o que eles não são.

Ora, o indiciamento em um inquérito policial não é ato administrativo anódino, desprovido de consequências não para o próprio caso, mas para outros mais, e que está afinal sujeito ao controle do Ministério Público e, pelo próprio sujeito, do Judiciário. É indiscutível que cabe a impetração de ordem de

habeas corpus com o intuito apenas de se desindicar o paciente. Isso assinala que não se está diante de algo irrelevante – afinal, quem gostaria de estar em tal posição? – e se candidataria a servir como hipótese de “antecedente”.

Com mais razão, ajuizamento de ação penal não é ato desprovido de consequências, e está sujeito ao controle do Judiciário e oposição do acusado, que se manifesta antes de seu recebimento. Tanto o recebimento quanto a rejeição da denúncia precisam ser fundamentados.

Interessante que, no voto do Relator do HC 684653/130, Min. Celso Mello, afirmou-se que uma ação penal possui “absoluta neutralidade condenatória”. Há de se questionar tal asserção, pois tal como ponderou Victor Hugo (2013, p. 727): “Ideal, absoluto, perfeição, infinito, são palavras idênticas”. Se neutra fosse, uma ação em curso e nenhuma ação em curso seriam exatamente a mesma coisa. Mas, pelo contrário, uma ação não é fato tão perfeitamente irrelevante, nem infinitamente desimportante. Por essa razão, o seu recebimento deve ser fundamentado e admite-se HC para trancá-la. Se ninguém deseja ser indiciado em um inquérito policial, tampouco almejaria responder a ação criminal.

Com mais razão ainda, sentença condenatória não é ato desprovido de consequências, e está sujeito ao controle tanto da acusação quanto da defesa, ou seja, desde o recurso que tem por escopo a absolvição quanto o seu exato oposto, isto é, o que visa à majoração da pena.

São exatamente esses os atos que devem ser considerados como “antecedentes”, e que lhe conferem a nota característica própria. Ignorá-los seria desconsiderar acontecimentos relevantes que podem ocorrer ao longo da trajetória criminal do indivíduo – que são todas as pessoas imputáveis –, para além do processo propriamente dito a que responde.

Mais do que isso, não convém equiparar tais atos, como se tudo o que estivesse aquém do trânsito em julgado fosse igualmente um atentado ao princípio da presunção de inocência. Em todos os sentidos, ser indiciado é menos gravoso do que responder a um processo criminal e a condenação a este supera.

Supõe-se que a hipótese de “antecedente” seja uma condenação por crime grave, ainda pendente de julgamento de recurso da defesa – mas apenas para o fim de diminuição da pena. Nesse exemplo, o reconhecimento da culpa é inexorável, questão apenas de tempo. Não pode ser considerado antecedente apenas porque a condenação ainda não passou em julgado? Será que tal precedente não estaria apto a aumentar a reprimenda em um mês, em uma semana, em um dia, a título mais simbólico do que o recrudescimento real da pena?

Em suma, o conceito de “antecedente”, como classe gramatical dos substantivos, tem uma característica objetiva. Todavia, sua adjetivação é subjetiva.

O juiz pode considerar como “maus” ou “péssimos” – nunca “bons” ou “ótimos”, o que não faz sentido lógico, quando muito “neutros” – o indiciamento em um ou dois inquéritos, ou uma

ação em curso, ou uma ação em curso e outra julgada, e assim por diante, desde que aponte para cada passagem e fundamente seu raciocínio.

2 A Dosimetria da Pena e a Fundamentação da Sentença Condenatória

Um acórdão do e. STF (HC 85033/MS, 1ª. Turma, DJU 27.5.2005) decidiu que a sentença que elevar a condenação acima do mínimo deve se apoiar em “elementos concretos, objetivamente demonstrados, que justifiquem a exasperação”.

Conceda-se que “a simples referência ao texto genérico da lei” não seja uma prática aceitável; é fundamentação insuficiente. Mas até que ponto o acórdão exige do julgador algo impossível ou sumamente difícil? É preciso ponderar acerca da circunstância das “consequências” do crime, cuja reflexão o magistrado leva em conta o extremo sofrimento experimentado pela vítima (por exemplo, de um estupro). Tal avaliação depende muito mais de sua sensibilidade do que de meios concretamente aferíveis. Diga-se o mesmo do próprio “comportamento da vítima”. Diga-se o mesmo do quesito “motivos” do crime.

A dosimetria da pena precisa ser fundamentada, mas não pode haver aí um certo disfarce mavioso, uma argumentação correta na forma e postiça no fundo. Há um coeficiente inevitável de discricionariedade conferida não somente ao senso de justiça do magistrado, mas à própria natureza epistemológica da prova e sua apreciação. A legitimidade da atividade jurisdicional consiste

em explicitar uma convicção, não em usar as palavras para encobrir a realidade.

Ora, o que é o depoimento de uma testemunha senão uma mistura de difícil ou difícilíssima separação entre “fatos brutos”¹⁰, como dizia Larenz (1983), e impressões, deduções, julgamentos? O art. 213 do CPP proíbe o juiz de tolerar que o testigo “manifeste suas apreciações pessoais”, a menos que “inseparáveis da narrativa do fato”. Mas juízos de fato e de valor se mesclam, muitas vezes de maneira involuntária e outras tantas violenta: quando a testemunha vê ou ouve o crime (ou, mais provavelmente, uma parte dele); quando procura entender o que se passou; quando é chamada para dele se lembrar; quando é instada a articular tudo em palavras, sob pena de ela mesma incorrer em ilícito. Tudo se complica com a passagem do tempo e a pressão de ambiente estranho, hostil.

Veja-se o que diz o filósofo Ernst Cassirer (2001b, 2001a):

[...] toda autêntica função do espírito humano partilha com o conhecimento a propriedade fundamental de abrigar uma força primeva formadora, e não apenas reprodutora (nachbildende Kraft). Ela não se limita a expressar passivamente a presença de um fenômeno, pois possui uma energia autônoma do espírito, graças à qual a presença pura e simples do fenômeno adquire um determinado ‘significado’, um conteúdo ideal peculiar; sem um complexo sistema de símbolos o pensamento relacional simplesmente não poderia desenvolver-se plenamente. (CASSIRER, 2001b, p. 19). [...] Essa

10 A expressão completa traduzida para o português é “situação de facto em bruto”
Adaptação feita pelo autor.

consciência é necessária até nos atos elementares de percepção. (CASSIRER, 2001a, p. 57).

A testemunha afirmar que o carro vinha em “alta velocidade” é um juízo de fato ou de valor? Que o ladrão era um “homem alto” é um juízo de fato ou de valor? Que havia sangue “espalhado por todo o chão” é um juízo de fato ou de valor? E como afirmar a certeza “absoluta” das informações – que tantas vezes serão decisivas para o destino de uma pessoa – senão pela via do postulado, ou seja, pela confissão de que não se sabe como se sabe aquilo que se acabou de dizer? Muitas vezes isso é um truísmo que acaba não sendo explorado, mas que tem o condão de colaborar decisivamente para o valor da prova e o desate do litígio.

A vítima que diz que a casa foi assaltada é uma “apreciação” sua, porque os fatos em si dizem respeito a fatos brutos: coisas reviradas, objetos que sumiram, sujeira etc. O que a fez ligar para a polícia foi um “julgamento” que fez da situação, porque conhece a casa muito bem e sabe como estava quando saiu e quando voltou. É assim que as pessoas raciocinam e é com base em raciocínios assim que agem como agem. E é também assim que passam adiante as informações, seja no telefonema para a Polícia, seja no depoimento na Justiça.

Por que, afinal, o processo cível emprestou ao processo penal o princípio da identidade física do juiz? Porque, em uma audiência de instrução e julgamento, pulula uma série de minúcias muito sutis que não têm como serem reduzidas a termo, mas que

se incorporam ao entendimento do caso. Às vezes um risinho do réu ou uma coçada de nariz da testemunha denunciam com nitidez uma mentira, mas o detalhe não ficará registrado nos autos. Deixar de considerá-los é tão impraticável quanto fundamentá-los ou mesmo exprimi-los em palavras, principalmente por escrito. A expressão “reduzir a termo” não é uma casualidade.

Mesmos as provas de produção mais objetiva, porque mais técnica – também chamada de “científica” pelo vulgo, também vêm embutidas de fortes decisões pessoais, e não dos fatos exatamente como eles são, da vida, onde se manifestaram.

Pensem nos laudos papiloscópicos que, no Brasil, requerem o enorme número de treze pontos convergentes. Os peritos sabem que, a partir do quinto ou sexto – mormente se alguns são exóticos –, os dedos pertencem à mesma pessoa. Todavia, a ausência da totalidade dos pontos, seja pela insuficiência do material coletado, seja pela detecção de um ponto de divergência não tão significativo quanto todos os convergentes já identificados, podem derrubar o laudo e fazer a pesquisa voltar à estaca zero. Tais situações são avaliadas pelo perito, que não tem intenção de ser arbitrário, mas que precisa fazer inevitáveis juízos de valor. O computador é utilíssimo para triagem, mas quando é programado para apontar quem foi o autor do crime, ele comete um erro atrás do outro. Os peritos não fazem isso por medo de perderem o emprego.

O mesmo vale para o exame toxicológico que, apesar de se basear em números de “cut-off” bastante precisos, obedecem a protocolos que são confiáveis mas não são únicos, não são

universalmente aceitos e não são necessariamente obrigatórios. O resultado “positivo” é de absoluta segurança quanto ao consumo recente do alcaloide da droga objeto do teste. Mas o resultado “negativo” não o é, pois dependerá de fatores como quantidade consumida, qualidade da droga, período de tempo entre a ingestão e a coleta de urina, e o metabolismo do usuário. Todos esses dados são altamente relevantes, mas totalmente desconhecidos do perito (e também do delegado, do promotor, do juiz). Se o número estiver bastante próximo, mas abaixo, do “cut-off”, o laudo atestará “negativo”, quando algum uso de droga o examinado fez. Isso pode gerar dúvidas e decisões variáveis de pessoa para pessoa, o que, afinal, pode ser absolutamente decisiva no contexto da prova.

Também será uma decisão pessoal do juiz que resolver recusar o “negativo” pericial e levar em conta o dado laboratorial – e não as conclusões dos peritos¹¹, sacrificando o protocolo em função da dinâmica dos fatos que desponta das versões das pessoas envolvidas. Creio que esse tipo de análise vai penetrando nas frestas daquilo que se convencionou chamar de “verdade real”.

Essas observações não se aplicam apenas a questões de prova, de uma análise fática casual, que afinal de contas é exclusiva, diria mesmo artesanal. O Código Penal é uma lei genérica e abstrata, e foi elaborado utilizando-se de critérios subjetivos. Não foi por critérios matemáticos que se estipulou a pena do furto simples entre 1 e 4 anos de reclusão, pois poderia ser de 7 meses a 3 anos.

¹¹ O que é expressamente permitido pelo CPP, em seu artigo 182.

Se o furto é praticado durante o repouso noturno, aumenta-se de um terço, mas poder-se-ia perfeitamente falar em um quarto, um quinto, um sexto. Aliás, a causa de aumento de pena poderia nem mesmo estar prevista expressamente; acho que se for revogada, ninguém vai nem perceber.

Os princípios do processo são todos questionáveis, e no sentido sugerido neste texto, subjetivos. O processo penal está baseado em três deles – obrigatoriedade, indivisibilidade e indisponibilidade da ação penal –, que a vida real tem dado provas diárias de que são apenas relativamente verdadeiros.

Voltando aos antecedentes, é imprescindível esclarecer a folha penal, ocorrência por ocorrência, e “julgar” cada crime ali constante, não para condenar ou absolver, por óbvio, mas para avaliar o que a vida progressiva¹² criminal do acusado tem a dizer para a causa em apreciação.

Não é aceitável que uma pessoa que esteja respondendo a cinco ou seis processos se sente no banco dos réus com a mesma tranquilidade de quem nunca respondeu a nenhum. É intuitivo que isso fere outro princípio tão caro quanto o da presunção da inocência: o da isonomia. Seria absurdo não diferenciar o voo retilíneo dos beija-flores e o voo trôpego dos morcegos.

É da lição de Roberto Lyra (1958, p. 222):

¹² Pondera-se, por mais óbvio ainda que possa parecer, que antecedentes só podem ser passagens já registradas antes do crime do qual está sendo acusado. Nesse sentido: HC 97.504.

Não é necessário consultar bibliografias para fixar em que medida o agente se afastou das normas condicionadoras do equilíbrio da sociedade ou dos sentimentos e das ideias fundamentais à sua vida. [...] É a própria sociedade que cria e transmite o sistema métrico moral. Este não está nos livros, mas na realidade da vida de que o juiz participa, recebendo, no entanto, uma visão mais geral das fraudes e das violências¹³. (LYRA, 1958, p. 222).

Não seriam nenhuma blasfêmia jurídica, ou mesmo uma heresia, entender que até um inquérito arquivado, uma desclassificação ou absolvição podem, ainda que excepcionalmente, valer como antecedentes. Afinal, absolvição devido à falta de provas não significa que o sujeito foi inocentado, e sim que pairou uma dúvida que o beneficiou para fins concretos, mas que não se dissipou em termos intelectuais: o réu não foi tido como culpado, mas tampouco como inocente. É um empate que lhe favorece, mas não deixa de ser um empate. Um arquivamento pode ter ocorrido por motivos de prescrição, decadência do direito de representação, ou algum outro aspecto que pode não merecer ser desconsiderado num estalar de dedos.

Desprezar, *tout court*, uma sentença absolutória, sem conhecer suas razões, seria desprezar todo um fato jurídico complexo e de relevância: um processo penal por inteiro, com começo, meio e fim, que pode e deve ser conhecido um pouco mais a fundo¹⁴.

13 Na época de Lyra, o Código Penal falava em “personalidade”, como hoje, mas não em “conduta social”. Hoje a lei fala em “culpabilidade”, e antes, “grau da culpa”.

14 Nessa pesquisa podem surgir detalhes bem interessantes, como o concurso com os mesmos réus que respondem aos processos em julgamento – corréus esses que o acusado afirmou desconhecer.

Na pior das hipóteses para o réu, se uma ação penal em curso for havida como “antecedente” hábil para majorar a pena, e sua pretensão punitiva for afinal julgada improcedente, o réu dispõe do mecanismo da revisão criminal (CPP, art. 621, I). E também aqui é necessário se conhecer melhor as razões absolutórias da sentença. Sugiro que o simples fato da absolvição possa ter o condão, mas não automático, de apagar os efeitos causados por si, à guisa de antecedente.

3 A Questão Hermenêutica e a Definição de Antecedentes

Se todas essas considerações não prevalecerem, volta-se à questão hermenêutica, que é aquela que se empenha em conferir conteúdo à expressão legal em análise.

Em outras palavras, diante das reflexões feitas até agora, torna-se necessário esclarecer afinal o que “antecedentes” são, sob pena de tornar letra morta a expressão legal, ou de prestigiar a cultura da pena mínima: cultura essa que claramente tende a maltratar outro princípio jurídico, que é o da legalidade. Os profissionais que militam na área criminal sabem que, mesmo quando todas ou quase todas as circunstâncias são desfavoráveis ao réu, a fixação da pena acaba ficando em torno da média da pena abstratamente prevista, ou menos. Não existe pena máxima ou próxima do máximo. A pena máxima é vista como de um escândalo, quase uma ilegalidade.

Já foi dito neste estudo que antecedentes não são condenações passadas em julgado, nem considerações subjetivas sobre o estilo de vida como um todo do acusado. Pois se não são

atos de indiciamento, ações ajuizadas e sentenças recorríveis, o que serão?

Buscou-se resposta em acórdãos mais exigentes, que rechaçavam o raciocínio proposto neste artigo, e nada foi encontrado.

Os precedentes que conduziram à elaboração da Súmula nº 444 do STJ foram os seguintes: R.Esp. 89854, HC 81866, HC 106089, HC 142241, HC 96670, HC 128800, HC 97857, R.Esp. 730352, HC 1500266.

Cada um deles, por sua vez, faz remissão a outros mais, do próprio STJ e também do STF, em uma atividade remissiva que foi se multiplicando. Esta pesquisa não esgotou totalmente o assunto, mas foram analisados um total de 36 (trinta e seis) acórdãos e, desses:

- a) 19 rechaçaram a viabilidade de que inquéritos e ações pudessem constituir maus antecedentes (HC 106.089, HC 128.800, HC 97.857, R.Esp. 730.352, HC 150.266, HC 97.504, HC 69.289, R.Esp. 799.061, R.Esp. 761.214, HC 53.069; HC 675.463; HC 745.530; HC 960.066; HC 38.367; HC 33.942; R.Esp. 565.867; HC 21.238; HC 29.953; R.Esp. 304.521);
- b) 12 rechaçaram não somente a aplicação da circunstância maus antecedentes, mas também as de conduta social e/ou personalidade (HC 81.666, HC 142.241, HC 96.670, HC 130.641, HC 52.069, HC 52.697, HC 130.235,

HC 100.848, HC 91.135, R.Esp. 730.352; HC 898.854; HC 49.481¹⁵).

O HC 102.943 negou a possibilidade de “inquéritos policiais ou ações penais em andamento (inclusive sentenças, não transitadas em julgado)” elevarem a pena-base, mas não especificou se a título de antecedentes, conduta social, personalidade, ou tudo isso junto.

No HC 76.148, a relatora, Min. Maria Thereza de Assis Moura, ponderou que “conduta social desajustada” poderia traduzir o comportamento de alguém “que não se dedica ao trabalho, entregando-se ao ganho proveniente do crime”. Todavia, desconsiderou-o no caso concreto, porque o crime era justamente o que o réu respondia.

Se tais fatos não serviram para o fim de cristalizar os maus antecedentes, em igual medida, também não podem ensejar o acréscimo pela conduta social, sob pena de se violar a presunção de inocência, de maneira indireta. (HC 76.148, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

Concluiu o voto, de maneira levemente confusa.

No R.Esp. 897.876/RS, assim ficou redigida parte do voto do Relator, Min. Felix Fischer:

[...] inquéritos e processos em andamento não configuram maus antecedentes, sendo inadequada sua valoração em sede de conduta social ou culpabilidade (logo, com maior razão, tal fato

15 Na verdade, os HC 898.854 e 49.481 não aceitaram que antecedentes pudessem macular a pena a título das circunstâncias da personalidade e conduta social, não antecedentes propriamente ditos.

não poderia justificar o aumento da pena-base, a não ser se já devidamente apurado, com condenação transitada em julgado e não sendo hipótese de reincidência, caso em que a valoração se daria na segunda etapa da dosimetria da pena). (R.Esp. 897.876/RS).

Como é possível um mau antecedente que constituiria uma condenação transitada em julgada mas que, ao mesmo tempo, não fosse fator de reincidência? Como o acórdão não desenvolve o raciocínio, especula-se: será por obséquio do artigo 64, I, do Código Penal? Após cinco anos do cumprimento da pena ou extinção da punibilidade, a condenação transitada em julgado deixaria de caracterizar reincidência – mas poderia caracterizar mau antecedente? Se sim, até quando? Se não, qual é a orientação do Ministro Relator do citado processo?

O HC 31.693 poderia servir de referência para a elucidação da dúvida:

Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP).

Assim, somente se houvesse cometido o crime - pelo qual restou condenado na sentença ora em exame - antes de transitar em julgado a condenação pelo crime de furto anteriormente praticado, é que, embora tecnicamente primário, poderia ter contra si desencadeados os efeitos dos maus antecedentes. (HC 31.693).

Mas esses dois parágrafos estão em franco descompasso. Um diz uma coisa, outro diz outra. O primeiro faz a mesma afirmação confusa do R.Esp. 897.876, considerando como mau

antecedente uma condenação transitada em julgado que não seja reincidência – o que não se sabe o que possa ser.

Já o segundo parágrafo afirma exatamente o que está a afirmar este artigo: mau antecedente é um crime em tese cometido entre a prática de um crime anterior e o trânsito em julgado condenatório deste. Nada mais simples do que chegar a essa conclusão. O acórdão chegou a ela, e decidiu de modo contrário.

Curioso notar a construção da expressão “tecnicamente primário” esboça uma outra primariedade, “não técnica”. Qual é a diferença entre ambas? Quando o assunto é primariedade, ou o sujeito é ou não é, não há gradações¹⁶. Mas quanto a antecedentes, há muitas gradações possíveis. Será que a expressão “tecnicamente primário” não significa o reconhecimento judicial dos antecedentes, proveniente de decisão que ainda não transitou em julgado? Desconfio seriamente que sim.

Um último acórdão merece destaque especial. No HC 39.515, o Relator, Min. Arnaldo Esteves Lima, não desprezou o fato de que o réu respondia a quatro processos por roubos a mão armada, em concurso de pessoas, praticados em dias diversos. Asseverou que antecedentes não se confundem com primariedade; que o princípio da presunção de inocência “não é absoluto”; que seria “um despropósito” equiparar uma vida delituosa habitual a outra cujo ilícito foi um evento isolado, o que feriria o princípio da isonomia ou igualdade real.

¹⁶ A não ser em uma hipótese inaudita em que venha a cometer crime no exato momento – ano, mês, dia e hora – em que foi certificado o trânsito em julgado de condenação anterior.

Sua fundamentação dirigia-se no mesmo sentido do sugerido neste artigo mas, no derradeiro parágrafo, o voto abriu um enorme “contudo”, rendeu-se a duas decisões da própria Corte, ressaltou ponto de vista pessoal e concedeu a ordem. O julgamento foi unânime.

Portanto, mesmo aqueles que insistem em pensar diferente já se entregaram ao entendimento hoje consolidado que, por sinal, está a cada dia mais minguado em termos de fundamentação. Os Tribunais vêm apenas fazendo remissões a julgados anteriores, e batendo o martelo, sem preocupação de verificar se os precedentes traziam fundamentação suficiente, ou se apenas faziam remissões a julgados mais anteriores ainda. Nelson Hungria chamava tal atividade de “esponja”¹⁷.

Em suma, todos os julgados do STJ que levaram à elaboração da Súmula nº 444, além dos anteriores que lhe inspiraram, bem com os mais recentes do STF, não disseram o que são antecedentes (ou maus antecedentes) criminais, mas deram respostas desconstrutoras, ou seja, disseram o que não são, e mesmo assim sem justificativas mais fundamentadas do que remissões a julgados pretéritos, ou com referências brevíssimas e algo axiomáticas ao princípio da presunção da inocência. Em nome desse princípio, abusou-se, isso sim, de uma petição de princípio.

17 N. Hungria (1953, p. 64-66) é bastante duro com o “juiz fetichista da jurisprudência”, “burocrata”, “de fichário e catálogo”, que “se põe genuflexo diante dos repertórios jurisprudenciais como se fossem livros sagrados de alguma religião cabalística”, e cuja alma “se estiola e resseca, impassível aos dramas que vêm epilogar nas salas dos tribunais”.

Tem-se que o tema esteja formalmente consolidado, mas não verdadeiramente pacificado. O presente artigo foi escrito para reagir e, com o devido respeito, acusar a Súmula nº 444 de não ter respondido à dúvida levantada em seu título. No começo deste texto, foi dito que uma faca não é um livro e vice-versa. Tentou-se precisar o que “maus antecedentes” são e o que não são. O e. STJ o fez com toda a sua autoridade, mas só pela metade, e mesmo assim de maneira que, deixou e muito a desejar.

4 Conclusão

As conclusões a que se chega, após a análise de todas as circunstâncias examinadas, são as seguintes:

- a) Antecedentes são passagens de natureza estritamente criminal, e não todo e qualquer evento na vida pessoal do acusado. Acontecimentos em geral dizem respeito à conduta social ou personalidade, e nem um nem outro se confundem com antecedentes.
- b) A existência de antecedentes é fato objetivo, a ser revelado pela folha penal ou documento idôneo.
- c) Se existirem antecedentes, eles podem ser “maus” ou “péssimos”. Essa avaliação é subjetiva e depende de fundamentação do magistrado. É também possível que a sentença julgue o antecedente “neutro”, ou seja, existente, mas não merecedor de majoração da pena.
- d) “Maus antecedentes”, portanto, são fruto de um dado objetivo (a existência de antecedentes criminais) e uma avaliação subjetiva (que os antecedentes sejam ruins).

- e) Não existem “bons antecedentes”. Se o sujeito não tiver qualquer ocorrência pretérita, ele não tem antecedente nenhum. Uma coisa que não existe não pode ser boa. A sentença deve registrar que o réu não tem antecedentes, e não que eles sejam bons.
- f) Mesmo que haja quantidade considerável, os antecedentes devem ser verificados e esclarecidos um a um, e não sopesados no “conjunto da obra”, qual uma generalização descuidada.
- g) O antecedente só vale até que transite em julgado a sentença condenatória, quando passa a vigorar a título de reincidência. A mesma ocorrência não pode ser, ao mesmo tempo, antecedente e fator de reincidência. Do contrário, um único crime aumentaria a pena duas vezes, em dois momentos distintos da dosimetria.
- h) Antecedentes são: indiciamento em inquéritos policiais; ajuizamento de ação penal; sentença recorrível.
- i) Inquéritos arquivados e processos absolutórios podem funcionar como antecedentes, ainda que excepcionalmente, dependendo da maneira exata como foram encerrados, ou seja, se houve efetiva apreciação do mérito que reconheceu ou não a culpabilidade do infrator. Isso também depende de análise mais pormenorizada e devidamente fundamentada de cada ocorrência.
- j) Embora a matéria seja objeto de súmula do e. STJ (444), a fundamentação utilizada em sua redação, como também

nos precedentes, é insuficiente, pois apenas apontam para ferimento ao princípio da presunção da inocência, sem maiores explicações.

- k) STJ afirmou o que “maus antecedentes” não são, mas não afirmou o que realmente são. A dúvida que deu nome ao título deste artigo não foi esclarecida.

Title: What Does Criminal Record Mean, After All?

Abstract: This article discusses the subject of the “criminal record”, a criminal law issue quite old and yet not quite well explained and understood. The aim is to review the topic, regarding Summula 444 by High Court of Justice of Brazil (STJ) and the previous judgments of STJ and also Supreme Court of Brazil. The text points out to several inconsistencies of about forty decisions and the composition of the summula itself, and also proposes a definition. By the own organic nature of criminal procedure law, the argument of the article manages to deal with connected subjects, such as the application of legal principles and the intrinsic validity of the judiciary evidence.

Keywords: Criminal. Law Procedure. Criminal Record. Concept.

Referências

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 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jul. 1984.

CASSIRER, Ernst. *A filosofia das formas simbólicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. v. 1.

_____. *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HUGO, Victor. *Os miseráveis*. 4. ed. São Paulo: Cosacnaify, 2013. v. 1.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 1, t. 1.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5 ed. rev. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 1983.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

STOCO, Ruy. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

LEMOS JÚNIOR, Ivaldo. Afinal, o que são maus antecedentes? *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p.187-219, 2013. Anual.

Submissão: 15/05/2013

Aceite: 05/08/2013

Compensação Automática da Reincidência com a Confissão Espontânea: Ameaça à Concretização do Princípio da Individualização da Pena

Ana Cláudia de Souza Valente

Analista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Assessora Jurídica da 9ª Procuradoria de Justiça Criminal. Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Bacharel em Administração Pública pela Universidade de Brasília.

Resumo: O tema em referência emana da recente alteração jurisprudencial, firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca da possibilidade de compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea, por considerá-las ambas circunstâncias preponderantes. A questão trazida para reflexão preocupa o sistema jurídico brasileiro no tocante à escolha e à aplicação da pena imposta ao condenado, especialmente sob a ótica garantista trazida por Luigi Ferrajoli, no sentido de que, para se alcançar a legitimação do poder punitivo do Estado, deve-se partir da limitação dos espaços de discricionariedade atribuídos à função judicial, principalmente no momento de estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito, evitando insegurança jurídica. O problema científico levantado, portanto, questiona se a compensação automática entre a reincidência e a confissão espontânea feriria o princípio da proporcionalidade e a sua derivação quanto à individualização da pena. A hipótese inicial é a de que a aludida alteração jurisprudencial é manifestamente contrária ao disposto no ordenamento jurídico pátrio, merecendo a criação de critérios objetivos e subjetivos que possam permitir a compensação em atenção ao princípio da individualização da pena.

Palavras-chave: Reincidência. Confissão. Proporcionalidade. Individualização da pena. Compensação.

Sumário: Introdução. 1 O Modelo Garantista. 2 O Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Resultados no Modelo Garantista. 3 Da Necessidade de Individualização da Pena. 4 Da

Agravante da Reincidência. 5 Da Atenuante da Confissão Espontânea. 6 A Decisão do Superior Tribunal de Justiça. 7 Compensação Contida. 8 Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo trata da recente mudança de posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em relação à dosagem da pena corporal imposta ao condenado, quanto à possibilidade de compensação automática entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea, na segunda fase da dosimetria da pena, em oposição dos discursos jurídicos anteriores que vedavam essa benesse ao réu, por objeção expressa do art. 67 do Código Penal, que impossibilita a compensação de qualquer circunstância atenuante e agravante com as chamadas circunstâncias preponderantes, tais como os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.

A hipótese científica sugere ser temerária a compensação automática entre as circunstâncias em apreço, especialmente quando a compensação se fizer com base exclusiva em ementas de acórdãos que muitas vezes não refletem a realidade do caso concreto apreciado, porque tal entendimento andaria na contramão do conteúdo inserto no princípio da proporcionalidade e no da individualização da pena — art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal —, merecendo serem criados critérios prévios objetivos e subjetivos que limitem a discricionariedade dos magistrados e

possibilitem a concessão da compensação somente quando forem atendidos, na linha da teoria garantista.

Para facilitar a compreensão do texto, a abordagem desenvolve-se em sete tópicos, sendo que a revisão teórica dos três primeiros tópicos trilha o caminho principiológico que fundamenta o modelo garantista, especificamente o princípio da legalidade, da proporcionalidade, corolário do princípio da individualização da pena e da retributividade na responsabilidade pessoal, como base para a tomada de decisões no âmbito penal, mormente na escolha da sanção adequada à espécie. Em seguida, nos próximos dois tópicos são situadas no contexto penal de ambas as circunstâncias, isto é, a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Após, foi inserido um tópico específico sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça, modificativa do entendimento anterior, que impossibilitava a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, para, somente ao final do último tópico, se confirmar a hipótese da impossibilidade de compensação automática entre aquela agravante e atenuante.

A inquietação sobre o tema surgiu da experiência profissional obtida na análise de processos criminais no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. A vivência diária no processo penal levou ao questionamento acerca do limite da discricionariedade dos magistrados na prolação de sentenças e o alcance de suas decisões para os jurisdicionados, de sorte que posições massificadas merecem especial cuidado a fim de não se ferir a individualização da pena.

1 O Modelo Garantista

O modelo garantista clássico se fundamenta nos princípios da legalidade estrita, da materialidade e da lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório entre as partes e da presunção de inocência, configurando um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2010, p. 37-38).

O desvio punível é aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena excluindo as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente orientada para as pessoas. Desse modo, urgem dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal: a garantia de que será punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível e a presença de igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei (FERRAJOLI, 2010, p. 39-40).

A legalidade estrita, porém, não tem o condão de resolver todos os casos levados a efeito ao Poder Judiciário, merecendo atenção a chamada legalidade jurisdicional (cognitivismo processual), ocasião em que o julgador irá proceder ao juízo penal da hipótese acusatória, a partir da verificação das provas e exposição da refutação da defesa, permitindo-se certo grau de discricionariedade na valoração dos fatos contendo indeterminações de suas definições legais (FERRAJOLI, 2010, p.

40-41), como é o caso da confissão espontânea, tida como traço marcante do condenado, apta a configurar personalidade positiva do réu e, conseqüentemente, passível de compensação com a agravante da reincidência¹.

A ilustração do modelo garantista pautado na legalidade estrita e no cognitivismo processual é, assim, utópico, pois o juiz não pode ser visto como uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, mesmo que os fatos não se adaptem perfeitamente a elas. Para Ferrajoli (2010), a ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde a uma ilusão metafísica, de modo que no processo se exigem, inevitavelmente, decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade (FERRAJOLI, 2010, p. 42). Diante disso, afirma Ferrajoli (2010) que:

[...] por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certo e objetiva. A interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados. (FERRAJOLI, 2010, p. 42).

¹ Interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à confissão espontânea.

Diante do garantismo de Ferrajoli (2010), a hipótese sustentada é a de que a mencionada discricionariedade, principalmente no campo penal, não pode ser ilimitada, mas sim vinculada a cada caso concreto analisado pelo Poder Judiciário, afastando-se qualquer hipótese de imposição automática de caráter eminentemente qualitativo, como seria no caso da compensação entre a confissão espontânea e a reincidência.

A atividade de julgar é a interpretação equitativa do fato legalmente tipificado, isto é, se duas hipóteses de delito têm igual enquadramento legal e diversa conotação judicial, a única forma de respeitar a sua igualdade e, ao mesmo tempo, a sua diferença é que tenham penas iguais quanto ao tipo e diversas quanto à medida (FERRAJOLI, 2010, p. 372).

2 O Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Resultados no Modelo Garantista

O princípio da proporcionalidade é uma exigência substancial do Estado de Direito no sentido de exercício moderado de seu poder. Nesse ponto, não só a função jurisdicional, como também a função legiferante, encontram-se limitadas aos valores constitucionais (STUM, 1995, p. 83). Nesse sentido, a garantia estampada no princípio da individualização da pena que, de certa forma, limita a liberdade do julgador no momento da fixação da pena ao condenado, impedindo-o de agir tão somente de acordo com suas convicções pessoais.

O caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade

e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. O princípio da proporcionalidade expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico (FERRAJOLI, 2010, p. 366).

A restrição de direitos e o alcance do equilíbrio na concessão dos poderes, privilégios e benefícios do réu, pelo magistrado, encontram eco na aplicação do princípio da proporcionalidade que, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica emanada das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.143), conceitos que sem dúvida devem nortear a atuação do juiz na aplicação da pena ao condenado.

A colisão entre bens ou valores igualmente protegidos, como no caso das circunstâncias preponderantes da personalidade e da reincidência, disponíveis no art. 67 do Código Penal, pode ser resolvida de modo justo e equilibrado a partir da ideia indissociável da ponderação de bens, da adequação e da necessidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 143) dentro do caso concreto.

O princípio da proporcionalidade constitui objetivamente requisito para a ponderação de resultados diante da diversidade de significação ou pluralismo de ideias contida no sistema jurídico (STUM, 1995, p. 81), bem como orienta o magistrado na aplicação do princípio da individualização da pena quando a elege em face

do condenado, limitando a margem de discricionariedade judicial. Deve o magistrado cuidar para não se converter em legislador, pois o aludido princípio permite que o juiz supra a deficiência democrática da política que criou a norma, mensurando os valores subjacentes a ela, mas não autoriza criações jurídicas que ultrapassem o caso particular, pois veda-se a substituição da norma jurídica em sentido estrito (STUM, 1995, 83).

O princípio da proporcionalidade pretende ser um instrumento de ponderação e, aliado ao princípio da legalidade, pretende evitar o exercício arbitrário, excessivo e desnecessário do poder punitivo estatal. Por tal motivo, o princípio da proporcionalidade não pode ser visto como instrumento de exercício de poder, mas antes deve assegurar que se observe a proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato (LIMA, 2012, p. 56).

Não se pode olvidar da necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade como mecanismo para, na escolha da sanção penal, se fazer um juízo de ponderação em cada caso levado a efeito ao Poder Judiciário, na esteira da linha garantista, não devendo prevalecer o disposto em uma norma isolada, mas sim serem analisadas todas as circunstâncias que envolvem o caso, a fim de se encontrar a justa medida da pena. Nesse sentido, Raquel Stum alude que “o juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins” (STUM, 1995, p. 82).

Manoel Ferreira Filho (2010) vai além: aduz que a solução para conflitos ou colisão de direitos está, antes de tudo, na procura pela conciliação, a fim de que o direito de um não sacrifique direito de outrem e, somente se impossível a referida conciliação, é que o juízo de ponderação seria indicado para preferir ao direito que mais diretamente esteja em causa (FERREIRA FILHO, 2010, p. 95-96). O princípio da proporcionalidade resvala-se, portanto, na ponderação de resultados para legitimar-se e ramifica-se na individualização da pena na busca pela sanção adequada à espécie criminal.

3 Da Necessidade de Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena é expressão do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, Maurício Antônio Ribeiro Lopes afirma que:

A graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais. (LOPES, 1997, p. 66).

O princípio da individualização das penas, assim, caminha juntamente com o princípio da proporcionalidade, estando inserto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal², a expressar o valor

2 “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;

“indivíduo”, impedindo que se ignorem as diferenças (BOSHI, 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 pena, mas abrange também a própria execução da pena (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.658), aduzindo a necessidade e importância de atribuir a cada condenado a pena adequada no seu julgamento.

Individualiza-se a pena precisamente porque cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e não repetíveis (BOSHI, 2004, p. 69). Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2007) ensina que:

[...] o princípio da individualização da pena exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta). (MORAES, 2007, p. 276).

Individualizar a pena significa aplicar a determinado agente a resposta penal necessária e suficiente para reprimir e prevenir o crime (BOSHI, 2004, p. 69), ou ainda particularizar o que antes era genérico, fugindo de uma padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-

-
- d) prestação social alternativa;
 - e) suspensão ou interdição de direitos.”

estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto (NUCCI, 2011b, p. 36).

Portanto, delimitar qualitativa e quantitativamente as penas na sentença é exercer atividade destinada à medição da culpabilidade para a conseqüente quantificação da reação do Estado contra o crime e criminoso, tendo em conta determinado fato e determinado infrator (BOSHI, 2004, p. 70), a partir da exposição de minuciosa fundamentação que indique os fatores que definiram a sanção penal, a fim de possibilitar não apenas a concretização dos princípios da ampla defesa e do contraditório, como também da proporcionalidade e individualização da pena, de sorte que qualquer solução automática se mostra temerária para a concretude desses princípios.

A garantia da individualização mediante a consideração de todas as particularidades do caso concreto e da equivalente culpabilidade do autor, de modo a preservar-se, no contexto das diferenças, o limite extremo de responsabilização pelo fato, enseja a realização pelo Estado da justiça distributiva, naquele 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 (BOSHI, 2004, p. 71).

Diz-se que, ao aplicar a pena, 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” (BOSHI, 2004, p. 71). A individualização da pena surge para que cada réu seja individualmente considerado,

levando em consideração todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto e a pessoa do condenado, evitando a fixação de penas desarrazoadas e desproporcionais.

4 Da Agravante da Reincidência

No âmbito judicial, a individualização da pena constitui atividade privativa do magistrado que irá mensurar a pena dentro dos limites impostos pelo legislador, num sistema conhecido como trifásico e, após, presidirá o processo executório da pena que vier a ser concretizada (BOSHI, 2004, p. 70).

O método trifásico está previsto no art. 68 do Código Penal³, por meio do qual se impõe ao magistrado que primeiro busque a pena-base a partir da análise das circunstâncias judiciais inseridas no art. 59 do Código Penal⁴, após defina a pena provisória ao considerar as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, indique a pena definitiva considerando as causas de aumento e diminuição de pena.

As circunstâncias agravantes são aquelas “reveladoras de particular culpabilidade do agente, que aumentam a reprovação que a ordem jurídica faz pesar sobre ele, em razão de seu crime”

3 “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

4 “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”

(BRUNO, 1959), nos termos da redação do art. 61 do Código Penal, entre elas a reincidência.

Historicamente, a reincidência, conforme remissão do penalista Guilherme Nucci (2011b) à doutrina italiana:

[...] passou a ser considerada como circunstância de elevação da pena a partir da segunda metade do Século XVIII, enfrentando, no início a resistência daqueles que possuíam visão exclusivamente retributiva da pena, afinal, para essa posição, a sanção penal deve guardar absoluta proporcionalidade com o crime, pouco importando o que o agente fez anteriormente. Ocorre que, com o passar do tempo, a reincidência afirmou-se como causa para aumentar a pena, uma vez que se passou a levar em consideração o caráter preventivo especial da sanção penal, notando-se que a pena anterior seria insuficiente, motivo pelo qual o autor tornou a delinquir (reincidência), necessitando, pois, de pena mais severa. (NUCCI, 2011b, p. 191).

Conforme art. 63 do Código Penal brasileiro, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Admite-se, ainda, no caso das contravenções penais, quando o autor tiver sido anteriormente condenado com trânsito em julgado por ter praticado uma contravenção penal.

A exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Considera-se que há, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide (MIRABETE, 2012, p. 293), sendo

proporcional e razoável a aplicação de uma sanção corporal maior àquele que descumpra a ordem jurídica seja praticando crimes diversos, seja delinquindo sempre na mesma espécie criminal.

5 Da Atenuante da Confissão Espontânea

A circunstância atenuante da confissão espontânea, assim como a reincidência, também é valorada na 2ª fase da dosimetria da pena. Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso (NUCCI, 2010, p. 76).

A confissão para valer como meio de prova precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem coação. Entretanto, para servir de circunstância atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. Não é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal pra amenizar sua pena se houver agido sem qualquer espontaneidade, apenas para locupletar-se de algum benefício legal (NUCCI, 2011b, p. 498). Do contrário, estar-se-ia beneficiando réus que, de má-fé, assumem a prática delitiva não para colaborar com a justiça, verdadeiro espírito da confissão espontânea, mas porque sabem que a absolvição, diante das provas colhidas no curso da instrução não seria a tese acolhida, e a confissão seria a única manobra defensiva apta para tentar diminuir sua pena.

Espontaneidade não pode ser reduzida a mera iniciativa do agente. A espontaneidade somente tem sentido no contexto da sinceridade de propósito e não superficialmente no âmbito da iniciativa de agir (NUCCI, 2011b, p. 498). Trata-se de um elemento subjetivo a ser analisado no caso concreto juntamente com a circunstância agravante da reincidência, elemento objetivo, que indica maior reprovabilidade na conduta do agente, ponderando-se o resultado na busca de uma sanção adequada à luz do modelo garantista.

A doutrina afirma que não se deve admitir o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea se realizada a admissão da culpa apenas como o intuito de obter o reconhecimento de alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade (confissão qualificada), se, ao final da instrução processual, o autor não tiver narrado a verdade dos fatos, mas demonstrado insinceridade, pois não facilitou a descoberta da verdade, ao contrário, provocou confusão no curso da investigação e não colaborou com a justiça (NUCCI, 2011b, p. 226).

6 A Decisão do Superior Tribunal de Justiça

Havia se consolidado, nas Cortes brasileiras, diante de uma interpretação gramatical obtida da leitura do art. 67 do Código Penal, o entendimento de que a circunstância agravante da reincidência deveria preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea, porque esta não era igualada à boa personalidade do agente, merecendo maior reprovação social

a conduta daquele que reitera na prática criminosa em relação àquele que confessa a prática delitiva.

Mas após dissídio jurisprudencial emplacado entre a 5ª e 6ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça, a 3ª Sessão daquele órgão julgador decidiu recentemente rever a posição jurisprudencial anterior e entendeu ser possível a compensação da reincidência com a confissão espontânea, por as considerarem igualmente preponderantes, indicando que a confissão do réu traduziria personalidade positiva, a teor da ementa abaixo colacionada:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.
2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.
3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local. (REsp 1.154.752/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/09/2012).

Os argumentos jurídicos usados para se admitir a compensação foram o peso considerável da confissão espontânea no âmbito do processo penal, especialmente porque ela acarretaria

maior economia e celeridade processual pela dispensa da prática de atos que pudessem ser considerados desnecessários para o deslinde da questão.

Ademais, a confissão espontânea acarretaria maior segurança material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira inequívoca a verdade real. Outro argumento estaria na suposta antinomia de termos no Código Penal, pois o art. 65 desse diploma legal diz que as circunstâncias atenuantes sempre atenuam as penas e o art. 67 do mesmo Código diz que algumas agravantes preponderam sobre atenuantes, gerando, assim, certa contradição.

Além disso, a 3ª Sessão do Superior Tribunal de Justiça entendeu ser necessário observar a *quaestio* constitucional inserida nesse debate jurídico, pois confessar é ato de escolha do réu de abdicar a proteção constitucional para praticar ato contrário ao seu interesse processual e criminal, isto é, seu direito ao silêncio, demonstrando personalidade voltada à assunção da responsabilidade penal.

Por último, entendeu o Eg. Superior Tribunal de Justiça que o ato de não se considerar a confissão espontânea para fins de compensação com a reincidência, feriria uma tal de lógica jurídica, posto que não seria razoável que leis esparsas (Lei sobre drogas, Lei sobre crimes hediondos, Lei sobre proteção à testemunha, Lei sobre repressão à organizações criminosas) previssem sensível redução de pena para delação premiada e a confissão espontânea não fosse valorada.

Nestes termos o Superior Tribunal de Justiça considerou que a atenuante genérica da confissão espontânea e a agravante genérica da reincidência são igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal, porquanto a primeira diz respeito à personalidade (capacidade do agente assumir seus erros e suas consequências) e a segunda é assim prevista expressamente, tendo sido citado, inclusive, posição do Supremo Tribunal Federal teoricamente no mesmo sentido, quando do julgamento do HC n. 101.909/MG (28/2/2012):

EMENTA: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não-auto-incriminação” (nemo tenetur se detegere). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado.

2. A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a

presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.

3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização.

4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade.

5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma

postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade).

6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente. (HC n. 101.909/MG, 28/2/2012).

Destaque-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal considerou um caso específico para possibilitar a compensação, totalmente distinto daquele precedente do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que efetivamente a confissão espontânea, no caso gerador daquela decisão judicial, teve peso na formação da culpa e da responsabilidade criminal, afastando, inclusive a tese defensiva de que se tratava de crime tentado e não consumado.

Na realidade, o Pretório Excelso, tanto por intermédio da Primeira como da Segunda Turma, tem afirmado que a confissão espontânea seria ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente (HC n. 106.113/MT, Ministra Cármen Lúcia, DJe 1º/2/2012). Por isso, entende a Corte Suprema que a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual seria inviável a compensação entre circunstâncias agravantes e atenuantes (HC n. 108.138/MS, Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14/12/2011).

7 Compensação Contida

A partir de uma análise acurada da nova postura jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, sinalizando pela possibilidade de compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea, e também da revisão teórica acerca do modelo garantista, dos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, e da origem e finalidade dessas circunstâncias, há que se ponderar a aplicação automática da compensação, atentando-se para seus reflexos na ordem jurídica.

A afirmação de ser a confissão espontânea uma circunstância preponderante, por ser considerada extensão da personalidade do agente, deve ser vista com cautela, posto que nem sempre o agente confessa por que está arrependido ou por que deseja sinceramente ajudar na busca pela solução da causa. Assim, não serão todos os casos em que haverá a chamada espontaneidade, de modo que a compensação entre a circunstância agravante da reincidência, elemento objetivo e que revela o não arrependimento do agente do cometimento de infrações penais, certamente contribuirá para a sensação de impunidade plantada no seio da sociedade, além de beneficiar aquele agente de má-fé que somente almeja a redução da reprimenda ou em nada contribuir para a descoberta da verdade.

Se considerarmos verdadeira a premissa levantada pelo Superior Tribunal de Justiça, de que a confissão espontânea configura uma face positiva da personalidade do agente, ela deve

então demonstrar arrependimento e, conseqüentemente, uma diminuta capacidade do agente de tornar a delinquir (NUCCI, 2011b, p. 227).

Noutro giro, cumpre refletir sobre o melhor momento de aferição do elemento da personalidade do agente. Apenas para aquecer o debate, talvez fosse o caso de aferi-lo na primeira fase da dosimetria da pena, nas chamadas circunstâncias judiciais, ocasião em que o magistrado verificará o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, seja herdado, seja adquirido, relativos à personalidade, além de elementos como a bondade, responsabilidade, honestidade, solidariedade, dentre outros (NUCCI, 2008, p. 398).

Nesse aspecto, importante notar que para a aferição da personalidade, como expressão do caráter do agente analisado na primeira fase da dosimetria da pena, há forte divergência jurisprudencial, sendo que alguns doutrinadores autorizam a majoração da pena-base do agente do fato, diante da mera comprovação por meio de certidões cartorárias de inquéritos e ações penais em andamento contra ele, e outros julgadores, em posição majoritária⁵, entendem que inquéritos e ações penais em andamento não podem ser considerados para valorar negativamente a personalidade do agente, por não se ter contra o réu um título executivo penal definitivo, sendo necessária a

5 Quanto à última posição, o Superior Tribunal de Justiça editou En. de Súmula nº 444, vedando a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base do condenado.

presença de um laudo técnico que indique a má personalidade do agente para valorá-la negativamente.

Sob esse prisma, se considerada a posição jurisprudencial majoritária, não seria razoável admitir a compensação da circunstância agravante da reincidência, aferida objetivamente com certidões de trânsito em julgado de ações penais movidas em face do réu, com a circunstância atenuante da confissão espontânea sem a presença de laudo técnico emitido por pessoa capacitada, pois se, para considerar positiva a personalidade do agente, na primeira fase da dosimetria da pena, exige-se um laudo técnico específico de um profissional habilitado e especialista na área da saúde, atestando ser o réu portador de boa índole, na segunda fase da dosimetria também deveria existir o referido laudo para aferir a personalidade do agente que confessa a prática delitativa, não sendo suficiente a mera palavra do réu para torná-lo, por si só, bom e merecedor da compensação.

Por outro lado, se não levarmos em consideração a exigência do referido laudo técnico, talvez fosse possível a almejada compensação, de forma contida, somente se houvesse análise fundamentada caso a caso, em respeito aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, vedando-se a compensação automática. O agente que ostenta diversas condenações criminais e, noutro giro, confessa nos autos de um processo, mas sua palavra não contribuiu para a solução da causa, não poderia, em tese, ser agraciado com a compensação, pois seria determinantemente desproporcional, haveria dissonância

com a exigência constitucional de aplicar a pena de acordo com cada caso considerado individualmente.

Para ser legítima a quantificação da sanção penal, especialmente na hipótese da eventual compensação da confissão espontânea com a reincidência, defende-se a análise do caso concreto, avaliando-se o peso que cada uma teve na solução da causa, ou seja, a compensação deverá ser contida e não automática.

Nesse caso, deve-se avaliar a quantidade de condenações transitadas em julgado proferidas em desfavor do réu, bem assim a qualidade dessas condenações, isto é, se o réu for reincidente específico ou tiver praticado novo crime mais grave, impossível a aplicação da compensação dessas espécies de reincidência com a confissão espontânea, por estar visivelmente demonstrado que a pena anteriormente imposta não surtiu efeito para a prevenção de outras práticas criminosas, além de indicar que o réu caminha em crescente escala criminosa, fazendo do cometimento do delito um meio de vida.

Do mesmo modo, impossível seria o deferimento da compensação se a confissão espontânea não contribuísse efetivamente e de forma singular para a descoberta da verdade, havendo outros elementos de prova suficientes para solucionar a questão. A compensação entre a reincidência e a confissão espontânea somente indicaria a concretização do princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, e seria permitida dentro do modelo garantista, se e somente se a confissão espontânea se revelasse imprescindível para a solução

do caso, pois do contrário deverá ser sopesada a reincidência em desfavor do réu, eis que a reincidência é circunstância que atesta o mau comportamento do réu, indicando que ele precisa de maior repressão estatal.

Igualmente, não haveria possibilidade de reconhecê-la quando o agente é preso em flagrante e não tem como negar as evidências em torno da autoria ou imputar a responsabilidade pelo fato a terceiro, tampouco seria aplicável quando a confissão for realizada em juízo, após extensa atividade policial repressiva, tendo o resultado das diligências apontado o agente como autor do fato (NUCCI, 2011a, p. 226). Nesses casos, a circunstância agravante da reincidência deveria prevalecer.

Para melhor compreensão, a título ilustrativo⁶, foi desenvolvido um quadro que poderá auxiliar o operador do direito na identificação dos casos em que seria possível deferir a compensação em benefício do réu, assim como os casos em que a compensação deverá ser negada, a saber:

6 Não é pretensão de a autora esgotar todos os casos que possibilitem a mencionada compensação, dada a quantidade de detalhes e especificidades de cada processo criminal. A intenção é definir um parâmetro a ser seguido, diminuindo a discricionariedade desregrada do julgador.

Quadro - Regras para a compensação entre a confissão espontânea e a reincidência

Processo Criminal Atual Confissão Espontânea	Processos Criminais Anteriores Reincidência	Resultado
Contribui para a solução da causa – em crime de natureza mais grave ou reincidência específica	Mais de uma condenação criminal -	Impossibilidade de compensação
Contribui para a solução da causa – em crime de natureza menos grave	Mais de uma condenação criminal -	Impossibilidade de compensação
Contribui para a solução da causa	Somente uma condenação criminal Não há elementos de prova da condenação	Possibilidade de compensação
Contribui para a solução da causa	Somente uma condenação criminal Há elementos de prova da condenação	Possibilidade de compensação salvo se feita somente em juízo
Não contribui para a solução da causa	Mais de uma condenação criminal	Impossibilidade de compensação

Fonte: Elaborada pela autora

Com base no quadro acima, extrai-se que a compensação somente será viável a partir da análise do caso concreto, da quantidade e qualidade de condenações anteriores, do momento

em que a confissão se der no processo criminal, da efetiva contribuição para a solução da causa.

8 Conclusão

A partir da compreensão do conteúdo dos tópicos anteriores, será possível extrair uma posição mais consciente sobre o concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes e a compensação da reincidência com a confissão espontânea, obedecendo-se aos ditames dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, em um modelo eminentemente garantista, limitador da tutela judicial.

O modelo garantista defende a discricionariedade dos magistrados, desde que não seja ilimitada, não sendo recomendável aplicar indistintamente a todos os casos a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, por não se tratar de fórmula certa e objetiva cabível em qualquer circunstância.

Deve-se ter bastante cautela no esboço de uma conclusão definitiva e precipitada que poderá implicar, certamente, na inobservância do princípio da proporcionalidade e mais ainda da individualização da pena, entendido como princípio motor da resposta penal necessária e suficiente para reprimir e prevenir o crime, a partir de uma ponderação de resultados, advinda da medição do grau de culpabilidade e censurabilidade do autor do fato criminoso no caso concreto (princípio da proporcionalidade), limitando o poder de julgar, na esteira do que preceitua o modelo garantista.

No espírito dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, não se pode desprezar as diferenças contidas no caso concreto, especialmente quando houver reincidência, sob pena de cometer arbitrariedade na escolha e aplicação da sanção penal.

Para que a iniciativa do réu por meio da confissão seja usada em seu benefício, seu espírito esclarecedor, ou mesmo de arrependimento, devem estar presentes, sob pena de esvaziar o real sentido e alcance desse instituto, até porque a confissão do agente não extirpa todo o mal que ele já causou para a sociedade por meio da prática reiterada de crimes.

Será possível sopesar a circunstância atenuante da confissão espontânea em benefício do réu, fazendo-a prevalecer para efeito de compensação com a reincidência, sempre que for considerada imprescindível para a solução do caso objeto de julgamento pelo Poder Judiciário, merecendo destaque os casos em que a confissão contribuir efetivamente para a formação da culpa e para a condenação do réu e, em outra vertente, não for possível concluir pela sua personalidade negativa voltada para a prática delitiva, diante de uma multiplicidade de reincidências.

Assim, inexistente a possibilidade de compensação automática entre a circunstância agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, em atenção ao princípio da individualização da pena, corolário do princípio da proporcionalidade, regente do sistema jurídico pátrio. Não se deve admitir a compensação, por si só, da circunstância atenuante da confissão espontânea com

a circunstância agravante da reincidência, em todos os casos indistintamente, pois, para que a primeira seja considerada mais relevante e prepondere sobre a reincidência, o réu deve narrar a verdade dos fatos, contribuindo para a descoberta da verdade, sem provocar confusão no curso da investigação, além de colaborar com a justiça, não possuindo um leque de condenações penais em seu desfavor, demonstrando descaso com a lei penal.

Em que pese a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça ter se manifestado recentemente no EResp nº 1.154.752/RS no sentido de que pode haver a compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por as considerarem igualmente preponderantes, uma vez que a confissão do réu traduziria traços de boa personalidade, a melhor posição deve ser aquela que analisa, no caso concreto, qual das duas circunstâncias deve preponderar, sendo vedada a compensação automática.

O tema é intrigante e desafiador para o operador do direito, mormente para o magistrado, pois há um espaço de discricionariedade nas decisões judiciais e um abismo entre a prática judiciária em nosso país, o conteúdo do sistema jurídico penal brasileiro e o alcance da efetividade da pena aplicada, de modo que, para ser escolhida a sanção adequada do condenado, obedecendo-se ao disposto na lei penal e nos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, o julgador não pode se olvidar de analisar acuradamente o caso concreto e

suas especificações, sob pena de esmaecer os alicerces de uma sociedade democrática, além de ferir a epistemologia garantista.

Exige-se um repensar dos modelos jurídicos disponíveis para a escolha da sanção penal, forçando o operador do direito, especialmente aquele que escolhe e aplica a sanção corporal, a refletir sobre o conteúdo da individualização da pena para o alcance da paz social, balanceando a importância que a confissão espontânea tiver no contexto processual com a reiteração criminosa no exame da reincidência.

Title: Automatic Compensation of Aggravating Recidivism with Attenuating the Spontaneous Confession: Threat to the Fulfillment of the Principle of Individualization of Punishment

Abstract: The theme emanates in reference to the recent amendment jurisprudence, signed by Superior Court of Justice, regarding the possibility of compensation between the aggravating and mitigating the recurrence of spontaneous confession, considering them both prevailing circumstances. The question for reflection brought in concerning to the Brazilian legal system regarding the choice and application of the sentence imposed on the offender, especially from the perspective brought up by Luigi garantista Ferrajoli, in the sense that to achieve the legitimacy of punitive power of the State, it should be from the limitation of space assigned to the role of judicial discretion, particularly when establishing the quality and quantity of the appropriate penalty for each offense, avoiding legal uncertainty. The scientific problem raised therefore questions whether the automatic compensation between recidivism and spontaneous confession would hurt the principle of proportionality and its derivation as the individualization of punishment. The initial hypothesis is that the aforesaid amendment jurisprudence is manifestly contrary to the national laws, deserving the creation of objective and subjective criteria that may allow compensation in mind the principle of individualization of punishment.

Keywords: Recidivism. Spontaneous confession. Proportionality. Individualization of punishment. Compensation.

Referências

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 jun. 2012.

BRUNO, Anibal. *Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, José Wilson Ferreira. *Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

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.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STUM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 1995.

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

VALENTE, Ana Cláudia de Souza. Compensação automática da reincidência com a confissão espontânea: ameaça à concretização do princípio da individualização da pena. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 221-253, 2013. Anual.

Submissão: 08/03/2013

Aceite: 21/06/2013

Dosimetria da Pena do Roubo Circunstanciado: Críticas e Interpretações Possíveis em Torno da Súmula nº 443 do STJ

Roberto da Silva Freitas

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-Graduando em Direito pela Escola Superior do Ministério Público da União. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Resumo: A Súmula nº 443 do Superior Tribunal de Justiça - STJ foi editada com a finalidade de pôr fim às controvérsias existentes sobre a exasperação da pena no crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, do Código Penal), nas hipóteses em que há mais de uma causa de aumento de pena. O enunciado sumular em referência dispôs, expressamente, que o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Nesse contexto, o presente artigo tem por finalidade exercer um juízo crítico acerca da Súmula nº 443/STJ, bem como explorar as hipóteses nas quais é possível exasperar a pena, no crime de roubo circunstanciado, acima do patamar mínimo de 1/3, sem que isso ofenda ao enunciado contido na citada súmula.

Palavras-chaves: Roubo circunstanciado. Dosimetria da pena. Súmula nº 443/STJ.

Sumário: Introdução. 1 Considerações Iniciais. 2 Uma Análise Crítica da Súmula nº 443/STJ. 3 Interpretações Possíveis em Torno da Súmula nº 443/STJ. 3.1 Necessidade de Fundamentação Idônea nas Hipóteses em que a Exasperação se Der no Mínimo de 1/3. 3.2 Possibilidade de Exasperação da Pena acima do Mínimo de 1/3 Quando Houver Apenas uma Circunstância Majorante. 3.3 Possibilidade de Utilização das Majorantes Excedentes como Circunstâncias Judiciais (art. 59 do Código Penal). 4 Conclusão. Referências.

Introdução

Em se tratando de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, do Código Penal), o legislador dispôs que a pena do tipo penal básico (art. 157, *caput*, do Código Penal) deverá ser aumentada de 1/3 até 1/2. Havendo mais de uma causa de aumento de pena dentre aquelas previstas no § 2º do art. 157 do Código Penal, pergunta-se: quais os critérios que o juiz sentenciante deverá seguir para promover o aumento na fração mínima, máxima ou intermediária?

A respeito do tema, há, basicamente, duas correntes. A primeira delas utiliza o critério matemático, que parte da seguinte premissa: quanto maior o número de causas majorantes, maior deve ser a exasperação da pena, a qual variará entre o intervalo de 1/3 até 1/2. A segunda corrente utiliza critério qualitativo, enunciando que a simples existência de mais de uma causa de aumento de pena não autoriza a sua exasperação acima do patamar mínimo de 1/3. O aumento da pena acima da fração mínima, para esta última corrente, exige sempre fundamentação concreta.

O tema era controvertido. Exatamente por isso, em 13 de maio de 2010, o Superior Tribunal de Justiça - STJ editou a Súmula nº 443, com vistas a uniformizar o entendimento jurisprudencial acerca da aplicação do aumento de pena previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, na hipótese em que incidir mais de uma circunstância majorante.

A citada súmula optou pela segunda corrente dentre aquelas anteriormente mencionadas, aduzindo que:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. (BRASIL, 2010).

Apesar de editada pelo Tribunal encarregado de ser guardião do direito federal infraconstitucional, essa súmula não está imune de crítica, conforme se demonstrará no decorrer do trabalho.

Por outro lado, é possível, sem afastar a inteligência contida no enunciado da Súmula nº 443/STJ, promover-se punição exemplar daquele que pratica o crime de roubo circunstanciado, havendo ou não mais de uma circunstância majorante. Para tanto, é essencial que o juízo sentenciante analise, de forma pormenorizada, as circunstâncias do caso concreto, e, atento ao princípio da proporcionalidade e igualdade, não atribua o mesmo tratamento jurídico a situações distintas.

Eis, portanto, os objetivos do presente artigo: exercer um juízo crítico acerca da Súmula nº 443/STJ, bem como explorar as hipóteses nas quais é possível exasperar a pena, no crime de roubo circunstanciado, acima do patamar mínimo de 1/3, sem que isso ofenda ao enunciado contido na Súmula nº 443/STJ.

1 Considerações Iniciais

Princípio com assento constitucional (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988), a individualização da pena “tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado,

tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus” (NUCCI, 2011, p. 36).

A individualização da pena dá-se, inicialmente, na via legislativa, momento no qual o Parlamento, após tipificar como crime determinada conduta, estabelece a sanção penal adequada à espécie dentre aquelas admitidas pelo ordenamento constitucional vigente: privação ou restrição de liberdade; multa; perda de bens; prestação social alternativa; e suspensão e interdição de direitos. Na individualização legislativa, leva-se em consideração, essencialmente, o valor que a norma penal atribui ao bem jurídico por ela tutelado.

Sobre o tema, Rogério Greco (2007, p. 71) tece as seguintes considerações:

Interpretando o texto constitucional, podemos concluir que o primeiro momento da chamada individualização da pena ocorre com a seleção feita pelo legislador, quando escolhe para fazer do pequeno âmbito de abrangência do Direito Penal aquelas condutas, positivas ou negativas, que atacam nossos bens mais importantes. Destarte, uma vez feita essa seleção, o legislador valora as condutas, cominando-lhes penas que variam de acordo com a importância do bem a ser tutelado. (GRECO, 2007, p. 71).

A proteção à vida, por exemplo, deve ser feita com uma ameaça de pena mais severa do que aquela prevista para resguardar o patrimônio; um delito praticado a título de dolo terá sua pena maior do que aquele praticado culposamente; um crime consumado deve ser punido mais rigorosamente do que o tentado, etc. A esta fase seletiva, realizada pelos tipos penais no plano abstrato, chamamos de cominação. É a fase na qual

cabe ao legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo Direito Penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade. (GRECO, 2007, p. 71).

A menos que o legislador, ao cominar a sanção para determinada crime, afronte o princípio da proporcionalidade, não é dado ao Poder Judiciário imiscuir-se nas opções feitas pelos representantes do povo.

Especificamente para o crime de roubo, a individualização legislativa da pena deu-se da seguinte maneira: a) roubo simples (art. 157, *caput*, do Código Penal): pena de 4 a 10 anos de reclusão e multa; b) roubo circunstanciado (§ 2º do art. 157 do Código Penal): a pena do tipo penal básico será aumentada de 1/3 a 1/2; c) roubo seguido de lesão corporal grave (art. 157, § 3º, primeira parte, do Código Penal): pena de 7 a 15 anos de reclusão e multa; d) roubo seguido de morte (art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal): pena de 20 a 30 anos de reclusão e multa.

Prolatada a sentença penal condenatória, cabe ao magistrado sentenciante individualizar a reprimenda a ser imposta ao condenado, partindo, por óbvio, dos limites impostos pelo legislador, responsável, como visto, pela primeira etapa do processo de individualização das penas. Para tanto, deve o juiz seguir as diretrizes do art. 68 do Código Penal (sistema trifásico de dosimetria da pena – Nelson Hungria), cabendo-lhe, num primeiro momento, fixar a pena-base, cujo parâmetro é o art. 59 do Código Penal. Posteriormente, fixará a pena provisória,

ocasião em que analisará as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes). Por fim, serão analisadas as causas especiais de diminuição e de aumento de pena.

Excepcionalmente, em se tratando de crime tentado, incidirá a redução prevista no art. 14, parágrafo único, do Código Penal, já que a pena do crime tentado será a do crime consumado, diminuída de 1/3 a 2/3. A fração a ser diminuída, pela tentativa, dependerá do trecho percorrido no *iter criminis*, de modo que, quanto mais o crime houver se aproximado da consumação, menor será a redução; quanto menos o crime houver se aproximado da consumação, maior será a redução. Dito isso, conclui-se que, no que tange à redução da pena pela tentativa, o Código Penal brasileiro adotou a teoria objetiva.

2 Uma Análise Crítica da Súmula nº 443/STJ

Conforme prevê o § 2º do art. 157 do Código Penal, a pena do crime do roubo será aumentada de 1/3 a 1/2 se:

- I) a violência ou ameaça for exercida com o emprego de arma;
- II) há concurso de duas ou mais pessoas;
- III) a vítima estiver em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância;
- IV) a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;
- V) o agente mantiver a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. (BRASIL, 1940).

Em casos tais, fala-se em roubo circunstanciado ou majorado (é comum o emprego equivocado da expressão “roubo qualificado”).

A análise da incidência dessas causas de aumento da pena dar-se-á na terceira fase da dosimetria, de modo que a existência de uma única circunstância majorante já se mostrará suficiente para proceder-se ao aumento da pena.

Mas, por outro lado, a existência de mais de uma causa de aumento de pena não enseja, por si só, a exasperação da pena em patamar acima do mínimo legal. Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 443/STJ:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. (BRASIL, 2010).

A literalidade dessa súmula não deixa dúvida de que toda e qualquer decisão que, fundada tão somente na existência de mais de uma causa majorante, eleve a pena acima do mínimo de 1/3 não será válida, por ausência de fundamentação. Isso porque a opção feita pela jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de rechaçar o critério puramente matemático de aumento da pena no crime de roubo circunstanciado. Esse critério divide a faixa de aumento de 1/3 até 1/2 em cinco parcelas, as quais correspondem às cinco causas de aumento de pena prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal.

Assim, sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça, não se pode aumentar a pena em 3/8, por exemplo, pelo só fato de o crime de roubo ter sido praticado em concurso de pessoas e com o emprego de arma. Da mesma forma, não se admite o aumento

em 2/5 se, além dessas duas circunstâncias, incidir uma terceira, como a restrição à liberdade de locomoção da vítima. Rechaçou-se, portanto, o critério puramente matemático de exasperação da pena do crime de roubo circunstanciado.

As críticas à Súmula nº 443/STJ são no seguinte sentido.

É de clareza meridiana o fato de que, quanto mais causa de aumento de pena incidir em determinada hipótese, mais grave será o crime. Essa gravidade, por óbvio, nunca será abstrata nem levará em consideração aspectos puramente matemáticos. O roubo praticado em concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo é, sem dúvida, mais grave que o roubo praticado apenas em concurso de pessoas, circunstâncias que, por si sós, já justificariam a exasperação da pena do roubo, na terceira fase da dosimetria, em patamar superior ao mínimo de 1/3, tendo em conta a *gravidade concreta* do ilícito. Da mesma forma, não se pode conceber que um roubo praticado em concurso de pessoas, com emprego de arma de fogo e com restrição à liberdade de locomoção da vítima seja apenado da mesma forma que um roubo em concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo.

Em casos tais, para promover-se o aumento da pena acima do patamar mínimo de 1/3 bastaria ao juiz sentenciante dizer: *aumento a pena em 2/5 porque, na hipótese, incidem três causas de aumento de pena, a saber: concurso de agentes, emprego de arma de fogo e restrição à liberdade de locomoção da vítima.*

Ora, entender que uma decisão vazada nesses termos está carente de fundamentação ou que não analisou as circunstâncias

do caso concreto é mero preciosismo, o que apenas contribui para a sedimentação da cultura da pena mínima no País.

O Supremo Tribunal Federal já abonou a tese que ora se sustenta:

O aresto, embora admitindo tratar-se de roubo a mão armada e mediante concurso de agentes, ou seja, duplamente qualificado, manteve a pena em grau mínimo (5 anos e 4 meses), quando é certo que a existência de mais de uma qualificadora já seria bastante para uma pena maior. (HC 77.187/SP, Rel. Ministro Sydney Sanches, 1ª Turma, julgado em 30.6.1998, DJ de 16.04.1999).

Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 115-116) também defende essa tese:

Por isso, em nossa concepção, o ideal é reunir as duas primeiras correntes que citamos anteriormente, ou seja: proceder-se apenas um aumento (aplicando somente uma majorante na segunda fase da dosimetria penal), *mas proceder a essa variação proporcional ao número de causas de aumento incidentes, isto é, a maior ou menor elevação acompanhará tanto a intensidade quanto a quantidade de majorantes. Assim, concorrendo uma majorante, a elevação, em princípio, dever ser o mínimo previsto; se, no entanto, apresentar-se mais de uma (v.g., roubo duplamente majorado – com emprego de arma e em concurso de pessoa), a única majoração deverá assumir nível mais elevado.* (BITENCOURT, 2011, p. 115-116, grifo nosso).

Os críticos alegam que o critério puramente matemático seria expressão de uma espécie de responsabilidade penal objetiva e que a decisão vazada nesses termos estaria fundada tão somente na gravidade abstrata do delito.

Primeiro, não se vislumbra, em casos tais, falta de fundamentação apta a macular, de nulidade, a decisão judicial. Pelo contrário, a decisão está fundamentada na *gravidade concreta* do ilícito, que fora praticado com a incidência de mais de uma causa de aumento de pena, as quais foram explicitadas pelo magistrado sentenciante e que agravam, sobremaneira, o crime praticado. Essa operação, embora aritmética, está estritamente vinculada à gravidade do ilícito e atende aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Do mesmo modo, não há que falar em responsabilidade penal objetiva, pois não se pretende punir o agente sem que esteja demonstrado o elemento subjetivo da sua conduta. Com efeito, uma vez comprovada a prática de uma conduta criminosa (o que inclui a aferição do elemento subjetivo da conduta – dolo), a pena será fixada segundo os critérios legais, devendo se compatibilizar com a gravidade e as circunstâncias da conduta praticada. Veja-se que a análise quanto ao elemento subjetivo da conduta antecede, por óbvio, à dosimetria da pena, e com ela não se confunde.

Em suma: o enunciado sumular encerra, com a devida *venia*, mais um equívoco que decorre da exagerada proteção que se dá ao infrator, fruto, na maioria das vezes, da interpretação equivocada de institutos jurídicos, que, no caso em apreço, é o princípio da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988).

Registre-se, por fim, que o entendimento que ora se defende não exclui a possibilidade de o juiz proceder, conforme o caso,

ao aumento acima do mínimo de 1/3, mesmo quando se estiver diante de roubo com apenas uma circunstância majorante.

Com efeito, em determinadas situações, o princípio da igualdade e da proporcionalidade apenas será integralmente observado se o aumento da pena decorrente do § 2º do art. 157 do Código Penal efetivar-se acima do mínimo de 1/3, mesmo que haja apenas uma circunstância majorante. Imagine-se, nesse contexto, um crime de roubo praticado por oito agentes. Em casos tais, passará ao largo dos princípios da proporcionalidade e da igualdade a exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, em apenas 1/3.

3 Interpretações Possíveis em Torno da Súmula nº 443/STJ

3.1 Necessidade de Fundamentação Idônea nas Hipóteses em que a Exasperação se der no Mínimo de 1/3

Como visto, *o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.*

Por outro lado, questiona-se: por que não se exigir do magistrado fundamentação idônea quando a pena for fixada no mínimo legal? Ainda: por que não se exigir do julgador fundamentação minimamente aceitável quando, a despeito da existência de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo, optou-se pelo aumento na fração mínima de 1/3? Ou, ainda: mesmo que haja apenas uma causa de aumento de pena, a

decisão que exaspera a pena em apenas 1/3 também não exigiria fundamentação concreta?

A posição predominante na jurisprudência dispensa o juiz de fundamentar a decisão quando fixar a pena no mínimo legal.

Porém, a razão está com Cezar Roberto Bitencourt (2006, p. 241) que, ao discorrer sobre o tema, defende o entendimento de que, mesmo em casos de fixação da pena no limite mínimo, a decisão há de ser fundamentada, sob pena de violação do *jus accusationis*:

A fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o *jus accusationis* e fraudula o princípio constitucional da individualização da pena, que, em outros termos, significa dar a cada réu a sanção que merece, isto é, necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime. Assim, deve-se entender que a ausência de fundamentação gera nulidade, mesmo que a pena seja fixada no mínimo, desde que haja recurso da acusação, é claro. Por isso, sustentamos a necessidade de revisar o entendimento majoritário. (BITENCOURT, 2006, p. 241).

Da mesma forma, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 305-306):

Há posição, hoje predominante na jurisprudência, de estar o juiz dispensado de fundamentar a pena, quando imposta no grau mínimo, o mesmo ocorrendo com relação ao regime, quando aplicado o mais brando possível, previsto em lei. Argumenta-se que, se a pena foi estabelecida no patamar mínimo, significa, implicitamente, serem todos os requisitos (circunstâncias judiciais e legais) favoráveis ao acusado.

Permitimo-nos assumir posição contrária, como já deixamos claro em tópico anterior. O réu, em tese, pode não ser prejudicado por tal postura, mas o sistema de individualização da pena,

constitucionalmente idealizado, sem dúvida, cai por terra. Se ao magistrado cabe justificar a eleição feita do *quantum* da pena-base, bem como as razões existentes para aplicar ou afastar agravantes e atenuantes, causas de aumento ou diminuição, não vemos sentido em incentivar devam as sentenças padecer de falhas patentes de fundamentação. Não pode o órgão acusatório levantar em seu recurso os seus melhores argumentos se não sabe, precisamente, quais elementos levaram o julgador a aplicar a pena no mínimo legal, em especial quando essa escolha está equivocada, bastando confrontar com as provas dos autos.

[...]

A individualização fundamentada da pena é dever do juiz, seja para fixá-la no mínimo, seja para estabelecê-la em patamares superiores à base e até para dar uma satisfação legítima à sociedade, demonstrando que soube dar a cada um o que é seu, princípio basilar de justiça, não equiparando os desiguais.

Por isso, caso a pena seja estabelecida no patamar mínimo, sem a devida fundamentação, deve o órgão acusatório recorrer, pugnando pela sua nulidade, por infringência a preceito constitucional, fundado na obrigatoriedade de motivação. (NUCCI, 2011, p. 305-306).

Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 217) comunga do mesmo entendimento:

[...] a necessidade de se justificar igualmente a aplicação da pena no mínimo, pois a acusação também tem o direito de conhecer as razões pelas quais a sanção não foi exasperada, inclusive para poder eventualmente impugnar a sentença nesse ponto. Assim, ainda que a defesa seja prejudicada, é inegável o prejuízo para a acusação. Ademais, essa linha de entendimento acaba por favorecer uma certa inércia dos juízes em relação ao dever de fundamentar esse ponto importante da decisão, preferindo-se, em geral, a imposição da pena menor, nem sempre mais adequada aos propósitos consagrados pelo legislador. (GOMES FILHO, 2001, p. 217).

Ora, por mais que se defenda que a fixação da pena no mínimo legal ou a exasperação no patamar mínimo de 1/3, no caso do roubo circunstanciado, careceria de fundamentação, a análise do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, não deixa dúvida de que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade, o que inclui, evidentemente, as decisões judiciais que porventura fixem a pena no mínimo legal ou que procedam ao aumento da pena, na terceira fase da dosimetria, em patamar legal mínimo.

Verdade seja dita: os mesmos fundamentos que ensejaram a edição da Súmula nº 443/STJ, também são idôneos a ensejar a edição de novo verbete sumular nos seguintes termos: *“a decisão que aumenta a pena no crime de roubo circunstanciado na fração mínima de 1/3 exige fundamentação idônea”*.

A correção desse entendimento também se fundamenta na seguinte premissa: se mesmo na hipótese em que incidir apenas uma causa de aumento de pena o juiz poderá proceder à exasperação acima do mínimo (conforme adiante se demonstrará), se o fizer no limite mínimo de 1/3 deverá fundamentar essa decisão, a fim de demonstrar a razão pela qual o aumento acima do patamar mínimo não era cabível na espécie.

Não se olvide, contudo, que a falta de entendimento jurisprudencial no sentido que ora se defende talvez decorra da inércia do órgão de acusação na interposição de recursos quando, fixada a pena no mínimo legal (ou, no que interessa aos fins deste trabalho, aumentada a pena no roubo circunstanciado no mínimo

de 1/3 a despeito da existência de mais de uma causa de aumento de pena), o magistrado não traz fundamentação idônea para sustentar essa opção.

3.2 Possibilidade de Exasperação da Pena acima do Mínimo de 1/3 Quando Houver Apenas uma Circunstância Majorante

A despeito das críticas que foram dirigidas à Súmula nº 443/STJ (vide ponto 3.1), o entendimento nela consagrado não é de todo ruim, pois permite a exasperação da pena acima do mínimo de 1/3 mesmo quando houver apenas uma causa de aumento da pena.

De fato, a inteligência da Súmula nº 443/STJ, ao mesmo tempo em que permite a conclusão sumária no sentido de que a simples existência de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo não autoriza a exasperação acima do mínimo de 1/3, não vedou que, em casos em que há apenas uma circunstância majorante, o aumento fique além do mínimo.

E a razão desse entendimento é simples. A Súmula nº 443/STJ veda, efetivamente, a adoção do critério puramente matemático para a exasperação da pena do crime de roubo circunstanciado na terceira fase da dosimetria. Abonou, por outro lado, a adoção do critério qualitativo de majoração da pena. Uma das vantagens de adotar-se esse critério é que, num roubo em que incide apenas uma causa de aumento de pena (concurso de pessoas, v.g.), é possível ao magistrado aumentar a pena acima de 1/3, admitindo-se, inclusive, o aumento máximo de 1/2, desde

que a exasperação se faça de forma fundamentada e à luz das circunstâncias do caso concreto.

Sobre o tema, leciona Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 36):

No caso do roubo, com cinco circunstâncias de aumento previstas no § 2º do art. 157, a elevação da pena pode variar de um terço até a metade. Nessa hipótese, presente uma só delas, nada impede ao julgador, conforme a gravidade do fato, a opção pelo aumento máximo de metade. É o que sustentamos há algum tempo, conferindo ampla liberdade para a análise do caso concreto, evitando-se o indevido critério aritmético, que prefere dividir a faixa de aumento de um terço até a metade em cinco parcelas. (NUCCI, 2011, p. 36).

Cite-se, também, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

1. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal.

2. *Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, II) ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa (CP, art. 157, § 2º, I) –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP.* O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese

em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação. (HC 63.605/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 282, grifo nosso).

E do Supremo Tribunal Federal:

1. O Juiz fixou na sentença a pena-base em seis anos de reclusão em face da reincidência e dos antecedentes e aplicou o aumento máximo por se tratar de duas qualificadoras. 2. O Tribunal coator, em grau de apelação, reduziu o aumento da pena pelas duas qualificadoras para 2/5 quintos, considerando ser a média aproximada entre o mínimo de 1/3 e o máximo da metade; em grau de revisão criminal, ratificou este critério de agravar a pena em 1/3 para uma, de 2/5 para duas e de metade para três ou mais qualificadoras. 3. A jurisprudência deste Tribunal não acolhe critérios como o adotado, de se estabelecer uma tabela, optando por dar ênfase à efetiva fundamentação da causa especial de aumento da pena, dentro dos limites previstos, com base em dados concretos. Precedentes. 4. Habeas-corpus conhecido e deferido, em parte, para que o acréscimo previsto no artigo 157, § 2º, do Código Penal, seja estabelecido em 1/3 da pena-base, à míngua de fundamentação com base em dados concretos para elevá-lo acima deste mínimo legal. (HC 73070, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 05/12/1995, DJ 29-09-2000 PP-00070 EMENT VOL-02006-01 PP-00133).

De fato, se a pena privativa de liberdade final para o crime de roubo praticado por dois agentes é de 5 anos e 4 meses de reclusão (pena fixada no mínimo legal nas duas primeiras fases da dosimetria e aumentada de 1/3 na terceira fase), é mais que evidente que essa mesma pena não poderá ser aplicada se o roubo houver sido praticado por três ou mais agentes. Neste caso, poderá o magistrado, fundamentando sua decisão no maior grau

de periculosidade da conduta e dos agentes, elevar a pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 até atingir o limite máximo de 1/2.

Da mesma forma, se a pena para o roubo em que o agente encontra-se munido de uma arma branca (faca de cozinha) é aumentada em 1/3, o fato de o agente, num outro caso, exercer ameaça contra a vítima valendo-se de uma arma de fogo de grosso calibre justificaria o aumento acima do patamar mínimo de 1/3 e, a depender do caso concreto, poder-se-ia chegar na fração máxima de 1/2.

A análise do princípio da proporcionalidade, voltado para o processo de individualização da pena, não permite outra conclusão, pois, se assim não fosse, o Estado-Juiz estaria dando o mesmo tratamento jurídico a situações flagrantemente distintas, o que terminaria por privilegiar o criminoso contumaz em detrimento do delinquente eventual.

Em suma, tem-se que a existência de duas ou mais causas especiais de aumento de pena no crime de roubo, não autorizam, por si só, o aumento da pena acima do patamar mínimo de 1/3 previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, cabendo ao magistrado fundamentar concretamente a razão do aumento acima do mínimo legal. Da mesma forma, a existência de uma só causa especial de aumento de pena poderá ensejar, conforme as circunstâncias do caso concreto, o aumento acima do mínimo legal, cabendo ao magistrado, igualmente, fundamentar concretamente a exasperação.

Poder-se-ia alegar que o aumento no patamar máximo (ou apenas acima do mínimo, sem atingir-se, no entanto, o máximo de 1/2) tendo por base apenas uma causa de aumento ofenderia o princípio da proporcionalidade. Mesmo que tal alegação venha a ser abonada pelo Tribunal revisor na análise de recurso da defesa, a probabilidade de *reforma* de uma sentença por ofensa ao princípio da proporcionalidade é menor que a probabilidade de *anulação* de sentença carente de fundamentação, hipótese esta verificada quando se anula o *decisum* de primeiro grau aplicando-se o enunciado 443/STJ. Neste último caso, os Tribunais têm sido implacáveis.

Por outro lado, não nos parece que a exigência de fundamentação concreta contida na Súmula nº 443/STJ diga respeito à simples descrição da segunda causa de aumento de pena, por exemplo:

Aumento a pena em 3/8, ou seja, acima do patamar mínimo de 1/3, pois, além de o roubo ter sido praticado em concurso de pessoas, os agentes utilizaram, na empreitada delituosa, arma de fogo, o que torna mais grave a infração penal crime praticado. (BRASIL, 2010).

Veja-se que esse tipo de fundamentação é uma tentativa frustrada de burlar a inteligência da Súmula nº 443/STJ, pois, na situação proposta, apenas se descreveu a segunda causa de aumento de pena e, em seguida, mencionou-se que essa circunstância tornava mais grave o crime praticado. Esse tipo de fundamentação é apenas uma forma dissimulada de dizer que o aumento acima do mínimo está fundado no número de causas de

aumento de aumento de pena, circunstância não abonada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nada obsta, contudo, que, havendo duas ou mais causas de aumento de pena, o magistrado utilize uma delas para majorar a pena na fração mínima (1/3) e utilize a segunda, se as circunstâncias denotarem gravidade concreta, para ir além do aumento mínimo. Assim, poder-se-ia utilizar o concurso de pessoas (primeira causa de aumento de pena) para justificar o aumento da pena na fração mínima (1/3) e a utilização da arma de fogo de *grosso calibre* (segunda causa) para fundamentar o aumento além do mínimo (3/8, 2/5, 11/24 ou, finalmente, 1/2).

Em casos tais, é evidente que a decisão não se resumirá a dizer que “*aumento a pena em 2/5 porque se mostram presentes duas causas de aumento de pena, a saber: concurso de pessoas e emprego de arma*”, e, sim, “*aumento a pena em 2/5 porque, além da presença de duas causas de aumento da pena, verifico que se empregou na empreitada criminosa arma de grosso calibre, de uso restrito das forças armadas e das polícias, a saber, pistola calibre .40, o que denota, por óbvio, maior periculosidade na conduta dos agentes, circunstância apta a ensejar uma resposta mais enérgica do Estado*”. Na verdade, como outrora sustentado, o emprego de arma de grosso calibre, por si só, já ensejaria a exasperação acima do mínimo de 1/3, mesmo que, no caso concreto, não incidisse qualquer outra causa de aumento da pena.

3.3 Possibilidade de Utilização das Majorantes Excedentes como Circunstâncias Judiciais (art. 59 do Código Penal)

Inexiste vedação para que o magistrado utilize a primeira causa de aumento de pena para majorar a pena, na terceira fase, no mínimo de 1/3 e, as demais, como circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59 do Código Penal).

Imagine-se, nesse contexto, um roubo praticado em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo. Pode o magistrado utilizar o emprego da arma de fogo para valorar negativamente a circunstância judicial das “circunstâncias do crime” e, com isso, fixar a pena-base acima do mínimo legal de 4 anos. Isso porque, conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt (2006, p. 214),

[...] as circunstâncias referidas no art. 59 não se confundem com as circunstâncias legais relacionadas no texto legal (arts. 61, 62, 65 e 66 do CP), mas defluem do próprio fato delituoso, *tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes* [...] (BITENCOURT, 2006, p. 214, grifo nosso).

Outra situação mais extrema: roubo praticado com todas as causas de aumento presentes. As circunstâncias do caso concreto podem indicar que, mesmo procedendo-se ao aumento no patamar máximo de 1/2, a pena seria insuficiente para a prevenção e repressão da infração praticada. Nessa situação, também se recomenda o uso das majorantes “excedentes” como circunstância judicial (art. 59 do Código Penal).

Essa tese é abonada por Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 769):

Por outro lado, quando uma segunda, terceira ou quarta circunstância estiver presente, o juiz deve deslocá-la para o contexto das circunstâncias judiciais (art. 59), proporcionando um aumento da pena-base. Assim, o sujeito que cometesse um roubo, com todas as causas de aumento possíveis, poderia ser apenado com mais de dez anos de reclusão, conforme o caso. Se o legislador previu um mínimo de 4 anos e um máximo de 10 para o delito de roubo, sem incluir nesse cômputo as causas de aumento, aptas a romper o máximo, não é aceitável que se permaneça vinculado à política da pena mínima. Se esta política permanecer, com a devida vênia, estar-se-á privilegiando os criminosos contumazes em detrimento dos ocasionais, para quem a pena mínima pode ser a mais adequada. (NUCCI, 2010, p. 769).

Também nessa situação deverá o magistrado fundamentar *o decisum*, de modo a enquadrar a majorante do roubo em alguma das hipóteses do art. 59 do Código Penal. Não há dúvida de que, para esses fins, o art. 59 do Código Penal confere certa liberdade ao magistrado para que proceda ao enquadramento das circunstâncias majorantes do roubo em alguma das situações previstas naquele dispositivo legal.

4 Conclusão

De todo o exposto, as conclusões que se extraem do presente estudo são no seguinte sentido.

A existência de uma causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, do Código Penal, é suficiente para ensejar a majoração da pena do crime de roubo, na terceira fase da

dosimetria, no patamar mínimo de 1/3; porém, a existência de mais de uma causa de aumento de pena não enseja, por si só, a exasperação da pena em patamar acima do mínimo legal, uma vez que:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

A despeito do entendimento sufragado nesse enunciado sumular, a decisão que justifica a majoração da pena acima do patamar mínimo de 1/3 na existência de mais de uma causa de aumento da pena não está carente de fundamentação, uma vez que, quanto mais causa de aumento de pena incidir em determinada hipótese, mais grave será o crime, gravidade que, nem de longe, será abstrata.

A despeito dessas considerações, não se pode deixar reconhecer que o entendimento consagrado na Súmula nº 443/STJ não é de todo ruim, pois permite a exasperação da pena acima do mínimo de 1/3 mesmo quando houver apenas uma causa de aumento da pena.

Da mesma forma, interpretação a *contrario sensu* do enunciado sumular em referência abona a conclusão de que, mesmo nas hipóteses em que a exasperação da pena ocorrer no patamar mínimo de 1/3, deverá o magistrado fundamentar concretamente essa sua opção.

Também inexistem óbices para que, em se tratando de situação em que há múltiplas causas de aumento de pena, as circunstâncias majorantes excedentes sejam utilizadas como circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal).

Title: Dosimetry of the Penalty of Circumstantial Robbery: Possible Critics and Interpretations Surrounding Precedent n° 443 of the Superior Justice Court

Abstract: The Precedent n° 443 of the Superior Court of Justice (STJ) was issued so as to put an end to the controversies regarding the exasperation of the sentence to the crime of robbery (art. 157, §2º, of the Criminal Code), in those cases in which there is more than one cause to penalty increase. The above-mentioned precedent established that the increase on the third stage of penalty application to the crime of robbery demands concrete reasoning, not being enough for its exasperation the simple indication of the number of aggravating circumstances. In this context, this article aims to approach the Precedent n. 443/STJ in a critical manner, as well as to explore the hypotheses where it is possible to aggravate the penalty to the crime of robbery over the 1/3 minimum threshold, without offending the text of the above-discussed Precedent.

Keywords: Aggravated robbery. Penal dosimetry. Precedent n° 443/STJ.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

BRASIL. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 443. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, DF, ano 22, v. 218, p. 683-715, abr./jun. 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2007. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

FREITAS, Roberto da Silva. Dosimetria da pena do roubo circunstanciado: críticas e interpretações possíveis em torno da Súmula n° 443 do STJ. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 255-279, 2013. Anual.

Submissão: 30/04/2013

Aceite: 18/06/2013

A Lei Maria da Penha: Conquistas e Desafios para sua Integral Aplicação

Alessandra Campos Morato

Promotora de Justiça do MPDFT, titular da 2ª Promotoria de Justiça Especial Criminal e de Defesa da Mulher de Sobradinho, DF. Especialista em Segurança Pública pelo Centro Universitário de Brasília. Pesquisadora do Grupo Candango de Criminologia. Integrante do Núcleo de Gênero do MPDFT e do projeto institucional *MP Eficaz – Violência Doméstica*.

Luiza Barros Santoucy

Analista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, lotada na 1ª Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal. Psicóloga. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica e Cultura pela Universidade de Brasília.

Mayra Cotta

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Pesquisadora do Grupo Candango de Criminologia.

Resumo: A Lei Maria da Penha assumiu a difícil missão de regular as relações privadas no ambiente doméstico, enfrentando a resistência individual e inconsciente da mulher em situação de violência familiar e doméstica. A aplicação da lei requer também a superação do paradigma interpretativo atual, enfrentando a resistência institucional e estrutural. A introdução de mecanismos que subvertem a ordem tradicional encontra ainda resistências que estão a serviço da manutenção do socialmente construído. A apresentação de dados estatísticos mostrará não apenas a realidade que se pretende mudar e a dificuldade dos profissionais em superar o paradigma vigente, como também as resistências ao paradigma da complexidade e à aplicação da lei em sua integralidade. Mostrará, ainda além, a opção do legislador por obrigar o Estado a olhar para a violência a partir da abordagem multidisciplinar a fim de coibir a violência transgeracional. Por fim, serão apresentadas estratégias de intervenção, explorando-se o papel do Direito na dissolução das resistências a partir de uma política institucional de controle interno da qualidade das intervenções oficiais.

Palavras-chave: Gênero. Violência doméstica contra mulheres.

Sumário: Introdução. 1 A Lei Maria da Penha e a Difícil Missão de Regular as Relações Privadas no Ambiente Doméstico: a Resistência Individual e Inconsciente. 1.1 A Aplicação da Lei. O Paradigma Interpretativo Atual e a Necessidade de Mudança: a Resistência Institucional e Estrutural. 1.2 A Introdução de Mecanismos que Subvertem a Ordem Tradicional: as Resistências a Serviço da Manutenção do Socialmente Construído. 2 Dados Estatísticos: a Realidade que se Pretende Mudar e a Dificuldade dos Profissionais em superar o Paradigma Vigente. 2.1 Dados Estatísticos: as Resistências ao Paradigma da Complexidade e à Aplicação da Lei em sua Integralidade – a Questão das Medidas Protetivas de Urgência. 2.2 Dados Estatísticos: a Opção do Legislador para Obrigar o Olhar do Estado para a Violência e a Necessidade de Enfrentamento Multidisciplinar para Coibir a Violência Transgeracional. Estratégias de Intervenção. 3 Conclusão - o Papel do Direito e Algumas Estratégias de Dissolução das Resistências - a Necessidade de uma Política Institucional de Controle Interno da Qualidade das Intervenções Oficiais. Referências.

Introdução

A proposta de uma obra coletiva que acolhe como um dos temas a violência doméstica e seus mais diversos desdobramentos é sempre muito bem vinda. São iniciativas como essa que nos enchem de esperança de que transformações podem ser feitas a partir de movimentos coletivos numa mesma direção.

Vivemos uma época de grandes transformações. Surgem novas concepções sobre família, compartilhamento de poder, equidade de gênero e uma demanda por relações sociais mais equilibradas e enriquecedoras.

Nesse contexto histórico-cultural, veio à luz a Lei nº 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, que inaugurou, no cenário brasileiro, uma nova ordem jurídica simbólica. Com ela o Estado anuncia que não compactua com a violência doméstica contra a mulher, que esta violência tem peculiaridades a serem observadas pelo intérprete e que tanto a prevenção, como a repressão dependem de uma atuação conjunta do Estado, da família e da sociedade civil organizada.

Há quase 05 anos em vigor em nosso país, a lei ainda enfrenta resistências à sua aplicação integral. A vara única especializada não existe na esmagadora maioria das cidades brasileiras. Os casos ainda são recebidos dentro dos Juizados Especiais Criminais ou das Varas Criminais comuns. As medidas protetivas de urgência – inovações promissoras da lei – são aplicadas timidamente por tais varas, sendo remetidas as questões-chave do conflito (alimentos, guarda, partilha, etc.) para as varas de família. O ponto de vista interpretativo dos operadores ainda é enviesado por preconceitos sexistas e, enquanto o Estado patina sem avanços significativos, a violência transgeracional assola os lares e faz das crianças reféns impotentes desse aprendizado.

Neste trabalho faremos observações panorâmicas sobre algumas das resistências encontradas na aplicação da lei, sugerindo algumas interpretações que nos permitam compreender porque é tão difícil para homens, mulheres e profissionais o reconhecimento da validade concreta da lei em um espaço como o ambiente doméstico ou as relações afetivo-conjugais.

Em seguida apresentaremos alguns dados colhidos de nossa experiência cotidiana junto às Varas de Violência Doméstica no Distrito Federal, na intenção de ilustrar a necessidade de um enfrentamento mais eficaz diante do considerável número de crianças e adolescentes diariamente expostos a esse tipo de violência (transgeracional), bem como, para mostrar a realidade da (não) aplicação da lei, em especial no tocante à (não) aplicação das medidas protetivas de urgência e a dificuldade de aplicação da lei na sua concepção de proteção integral e não setORIZADA.

De toda nossa abordagem ressaltamos a firme convicção de que ainda falta muito para que a Lei Maria da Penha possa alcançar a plenitude de seu potencial no enfrentamento da violência doméstica e que qualquer avanço que se queira passa necessariamente pelo estabelecimento de uma política institucional de controle interno da qualidade da intervenção judicial.

1 A lei Maria da Penha e a Difícil Missão de Regular as Relações Privadas que se Desenvolvem no Ambiente Doméstico – a Resistência Individual e Inconsciente

A Lei nº 11.340/2006 é uma lei considerada como uma das mais avançadas na matéria, tanto que, no relatório sobre o Progresso das Mulheres no Mundo, lançado em 6 de julho de 2011, a Organização das Nações Unidas para Mulheres a cita como uma das pioneiras no mundo na defesa dos direitos das mulheres¹ (PROGRESSO..., 2011).

¹ O relatório está disponível em: <<http://www.unifem.org.br/sites/700/710/00000395.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2013.

Uma lei avançada, corajosa e ambiciosa. Ambiciosa na medida em que visa disciplinar justamente esferas que estiveram, por séculos, imunes à atuação do Estado: o espaço doméstico, a conjugalidade, a parentalidade, as relações hierárquicas estabelecidas entre pais e filhos, maridos e esposas, sogras, noras, genros, netos, avós, enfim, homens, mulheres, crianças e idosos ligados por relações de afeto e convivência íntima – afeto aqui compreendido em sua acepção mais ampla, para abranger toda gama de emoções que são despertadas pela interação de indivíduos, tais como amor, raiva, mágoa, ciúmes, paixão, desejo, lealdade.

A lei visa disciplinar, coibir, regram as interações entre os indivíduos, mas é sempre caro aos homens estabelecer limites, nomear espaços onde essa mesma lei não possa entrar. Lugares e situações onde eles possam, ainda que mínima e temporariamente, exercer sua vontade de potência.

Ora, é fato que o refreamento dos instintos, impulsos e desejos, tão caro e necessário à sobrevivência social, cobrou um alto preço do indivíduo. É conhecida tal concepção freudiana desenvolvida naquela que é considerada sua obra mais sombria – ironicamente a que lhe rendeu o maior prêmio em vida – O Mal-Estar na Civilização (GAY, 2007). O indivíduo freudiano é ali um ser humano espremido entre coerções externas e sentimentos internos de culpa, mal contido por ambos, com uma incurável ambivalência e governado por pulsões inconscientes.

Assim, ao aceitar o Pacto Social e abrir mão de alguns direitos em nome de uma convivência social minimamente civilizada, o ser humano fez questão de deixar um espaço preservado onde pudesse exercer, em sua plenitude, seus mais básicos instintos. Isso explica por que, mesmo em uma sociedade politicamente avançada como a greco-clássica, o espaço privado era considerado uma terra onde não valiam as leis da *polis*, um lugar onde a violência era um recurso não só permitido, como necessário, tolerado e desejado (ARENDRT, 2005, p. 45).

Aqueles mesmos gregos que consideravam que forçar, obrigar, ordenar ao invés de persuadir dialogicamente, eram meios pré-políticos de lidar com as pessoas e, portanto, indignos dos cidadãos da *polis*, também acreditavam que, no ambiente doméstico, lugar por excelência onde as necessidades e carências humanas se expressavam em toda sua potência (procriação, sustento, alimento, sobrevivência), a violência era justificável. Segundo Arendt (2005), eles pensavam que, para alcançar a liberdade no mundo, ou seja, a vida como cidadão na *polis*, o *pater familias* necessitava antes subjugar, através da força e da violência, sua mulher, filhos, escravos e agregados.

Antes que negar essa constatação de recusa quase que visceral do indivíduo de reconhecer a validade de uma lei externa que pretende regular um espaço que ele considera uma conquista histórica sua, um reduto – último bastião –, local destinado ao exercício de sua potência primitiva, é preciso compreender e reconhecer tal desejo humano, demasiadamente humano

(NIETZSCHE, 2005). Um desejo partilhado entre homens e mulheres.

E ao fazer essa afirmação, não estamos justificando ou compactuando com a ideia de que o espaço doméstico deva ser uma esfera imune ao regramento estatal. Pelo contrário, estamos justamente dizendo que, se a intenção é estabelecer um mínimo de igualdade e paridade de armas nesse espaço, é preciso reconhecer que todos os indivíduos que ali vivem compartilham esse mesmo desejo: um local onde possam “descansar” do social e de tudo que isso possa significar.

É ali, no ambiente doméstico, que homens, mulheres, crianças e idosos, todos partilham de algo visceralmente comum: esse resquício de primitividade animal que nos faz resistir irracionalmente à cultura e ao regramento social mesmo sabendo que o exercício pleno de nossos impulsos pode nos levar à destruição e à morte.

Só uma verdade reconhecida pode ser negada, melhor dizendo, só uma realidade reconhecida pode ser transformada. Aceitando, pois, que essa recusa à validade da lei estatal na regulação das relações afetivo-doméstico-conjugais é uma realidade não só social, mas também individual, podemos avançar construindo mecanismos de desconstrução dessa resistência.

1.1 A Aplicação da Lei. O Paradigma Interpretativo Atual e a Necessidade de Mudança – a Resistência Institucional e Estrutural

Mas que resistência é essa que transborda do inconsciente individual a ponto de se manifestar nas estruturas das instituições incumbidas da repressão da violência doméstica? Que padrão operacional é esse que impede a completa e eficaz aplicação da Lei Maria da Penha? Que paradigma é esse com o qual o Estado precisa romper para uma atuação mais eficaz na violência doméstica?

É o paradigma da ciência moderna que assegura a dominação masculina e ao mesmo tempo a esconde, recusando qualquer discussão sobre o gênero. O paradigma positivista atual é androcêntrico e opõe sujeito e objeto, razão e emoção, espírito e corpo, associando os primeiros vocábulos ao masculino e os segundos ao feminino. Tudo isso é feito de forma subliminar, não dita. É a violência que costumamos a perceber. É a violência simbólica, chamada por Bourdieu (2004) de *violência doce*. Assim, o pensamento abstrato é atribuído ao homem, enquanto para a mulher estão os sentimentos dirigidos às situações concretas.

O direito é masculino. O paradigma com o qual precisamos romper é o paradigma do monismo jurídico (Direito = Lei), que acredita que, quando um fenômeno passa a ser chamado de crime, ele finalmente adquire o *status* necessário para ser enxergado pela sociedade e pelas instituições. O paradigma positivista androcêntrico é calcado num ideal de objetividade e neutralidade,

aceito como verdade universal, recusando o paradigma da complexidade.

Ora, o crime não existe enquanto realidade ontológica (como a chuva, por exemplo), sendo uma construção social. Sabendo como são construídas as figuras formais dos crimes, podemos, com um mínimo de espírito crítico, afirmar que não há essa pretensa objetividade ou neutralidade. Dentro do mundo ideal (dever ser = mundo do Direito), as condutas escolhidas são reunidas no código penal ou em leis penais especiais e a partir daí são considerados criminosos aqueles que as violam. Sob essa ótica, quem faz nascer o criminoso é o Estado-legislador, já que antes dele dizer o que é crime não há criminoso. Quem é criminoso hoje, amanhã pode acordar não sendo, como aconteceu recentemente com o(a) adúltero(a).

O senso comum, que exerce influência e dialoga com os demais saberes, associa crime com prisão e castigo. Assim, a importância de um crime varia conforme o castigo que lhe é determinado. No paradigma vigente não se concebe qualquer resposta que fuja a essa convicção social, ainda que os resultados práticos estejam gritando que ela é ineficaz. Sabe-se, contudo, que se a Justiça não é – nem nunca foi – igual para todos, a seletividade do direito penal marca ainda mais essas diferenças na aplicação da punição. Um rápido olhar pelos presídios é capaz de revelar o evidente recorte de classe que guia o emprego da pena de prisão. Ainda além, toda a complexidade das situações de violência doméstica e familiar contra a mulher corre o grave

risco de ser ignorada quando o discurso do maior rigor punitivo é a bandeira levantada para enfrentá-las. De fato, uma intervenção pontual do Estado Penal falha ao não ser capaz de perceber a maneira como ocorrem as situações de violência doméstica e o caráter cíclico dos episódios.

O Direito, como a Economia e as Ciências de um modo geral, é calcado em paradigmas androcêntricos, o que se revela claramente nas respostas estatais tradicionais para a violência. Tudo que não se conforma aos significantes construídos pelo paradigma vigente soa como amenidades², falta de objetividade, falta de firmeza no combate ao crime, impunidade. Um paradigma feminino ou, melhor ainda, um paradigma calcado no reconhecimento das diferenças de gênero, ainda não foi experimentado mesmo por muitas mulheres que, chamadas a se defrontar com a questão, continuam atuando segundo o mundo social que lhes foi dado.

O paradigma atual permanece – cambaleante é bem verdade – por que apesar de sabermos que o direito penal falhou porque não cumpriu suas promessas de proteção de bens jurídicos de interesse geral, de combate à criminalidade através da retribuição e prevenção geral/especial, de promessa de uma aplicação igualitária das penas, ainda não conseguimos pensar em outro sistema que o pudesse substituir.

É por isso que muito se tem dito sobre a necessidade de uma mudança da postura hermenêutica adotada dentro e em

2 Qualquer associação com o feminino não será mera coincidência.

razão desse modelo atual ineficaz para uma que leve em conta a complexidade do fenômeno da violência doméstica. Como veremos mais adiante, essa visão múltipla está prevista na lei em diversos artigos, mas aqui nos deteremos na observação das medidas protetivas de urgência – exemplo claro da tentativa de romper com um paradigma setorizado para uma visão mais englobante. A necessidade de uma visão múltipla também é acentuada por uma das idealizadoras da Lei Maria da Penha, Ela Wiecko Castilho (2007):

Ver essa complexidade e tentar pensar sob um paradigma da complexidade. Toda a nossa tendência é de setorizar, de pensar as coisas de forma estanque, porque é difícil pensarmos no conjunto. A nossa capacidade não atinge o todo. Nós temos que, para atingir o todo, pelo menos, passar pelas partes, e há todo um paradigma filosófico muito antigo, que domina a sociedade ocidental, que nos leva a isso. É essa a razão pela qual eu, no começo, disse que o que acabou predominando foi a visão do Direito Penal. Sempre acabamos pendendo para um lado. No caso da Lei Maria da Penha, temos que reverter essa situação. Não podemos deixar que a visão da punição, a visão do Direito Penal, se sobreponha à outra visão da Lei, que é a de oferecer esses serviços de assistência e proteção às mulheres e instrumentos aos homens violentos para eles encontrarem um novo rumo para as suas vidas. (CASTILHO, 2007).

A Lei Maria da Penha sinaliza uma mudança no paradigma jurídico relativo à proteção da mulher, materializando uma grande transformação que, no Brasil, vem ocorrendo desde a década de 1980. A partir da edição da lei, passa-se de uma dogmática que vitimiza a mulher e impossibilita o seu tratamento como gênero, como igual, para um direito que reconhece a importância social de

sua emancipação. Nesse contexto, a violência doméstica e familiar contra a mulher deve ser abordada, ao mesmo tempo, como causa e sintoma da opressão feminina, sendo a sua superação condição essencial não só à transformação do papel social da mulher, como à transformação da realidade social em si.

A lei trouxe realmente mudanças que apontam para um rigor mais intenso da legislação punitiva – aos crimes ocorridos no contexto da violência doméstica e familiar foi vedada a aplicação de penas pecuniárias, a lesão corporal leve nestas situações teve sua pena aumentada e foi prevista a possibilidade de prisão preventiva para o cumprimento das medidas protetivas de urgência. É de extrema relevância, todavia, ressaltar que seus principais objetivos vão muito além do aumento da repressão dos agressores. Basta observar as diversas inovações promovidas pela Lei Maria da Penha no sentido de buscar a prevenção da violência doméstica, bem como a emancipação da mulher.

Isso porque a experiência com conflitos domésticos e familiares permite perceber que, em geral, um episódio de violência, longe de ser apenas um ato isolado, na realidade, está inserido num padrão relacional violento. Uma intervenção pontual do Estado, contudo, não é capaz de fazer essa diferenciação, restringindo-se à resolução apenas do episódio violento submetido à sua apreciação. O padrão relacional violento, portanto, escapa à forma jurídica de resolução dos conflitos.

A resolução do conflito por meio da intervenção estatal também esbarra na dificuldade em se determinar se a mulher

tem ou não consciência de sua situação de violência. Afinal, em diversas ocasiões, o conflito é levado ao Estado por meio de flagrantes decorrentes de denúncias dos vizinhos e, nem mesmo quando é a própria mulher quem procura a Delegacia, é possível se dizer que ela o faz por se perceber numa relação violenta. Esta noção escapa à intervenção pontual do Estado.

É possível separar a tomada de consciência da violência em quatro momentos distintos e gradativos. Primeiramente, a mulher não leva em conta a violência, ignorando esta situação. Num segundo momento, a mulher se dá conta da violência, mas não deseja sair do relacionamento. Parte-se, então, para a tentativa de mudar a relação, buscando-se maneiras de transformar o agressor. O último momento é representado pelo reconhecimento por parte da mulher de que não irá conseguir mudar o relacionamento, acompanhado pela decisão de sair sozinha dele.

Todo este processo é permeado por diversos fatores que o tornam mais complexo e menos linear. A mulher deve perceber que é possível preservar a família sem a presença de um homem na casa, buscando, para isso, tecer sua rede de apoio e desenvolver a capacidade de refletir sobre sua situação. Isso porque a violência não existe em si, havendo apenas a experiência de um ato refletido como violência – e o fenômeno é justamente esta reflexão sobre a experiência.

Esta perspectiva fenomenológica não consegue ser percebida pela lógica jurídica de resolução dos conflitos, que estabelece simplesmente um tapa como vias de fato, um xingamento

como injúria, uma facada como lesão corporal. Traduzido o ato meramente num tipo penal, perde-se a oportunidade de proporcionar à mulher que ainda não tomou consciência de sua situação de violência a reflexão sobre a experiência vivida.

Devido à natureza cíclica e extremamente complexa desses conflitos – explorada no segundo capítulo desta pesquisa – a intervenção do Estado de maneira pontual – focando apenas a situação específica que resultou na notícia-crime e traduzindo essa situação na linguagem própria do Direito Penal – é insuficiente para a resolução do conflito e a prevenção de novos, e pode mesmo criar uma tensão ainda mais forte entre os envolvidos. Perde-se muito da possibilidade de compreensão de um conflito interpessoal de gênero quando este sofre o enquadramento em um dos tipos incriminadores do Código Penal. A complexidade de cada situação é perdida no processo de sua tradução em tipos previstos do Código Penal.

Como se vê, muitas questões se escondem por trás do enquadramento jurídico-penal tradicional. A natureza cíclica da violência doméstica contra a mulher e a complexidade de cada situação impossibilitam a resolução e prevenção do conflito quando a intervenção do Estado é pontual, com foco unicamente no episódio narrado na ocorrência policial e sua tradução nos tipos penais. A lógica jurídica tradicional e, em especial, a lógica punitiva do Estado Penal, que a cada conduta delituosa atribui uma pena preestabelecida, simplifica a violência doméstica e

familiar contra a mulher e falha no fornecimento de respostas satisfatórias aos problemas que lhe são apresentados.

Nossa hipótese é, portanto, de que o modelo de justiça que se vê no Brasil é hoje essencialmente ditado por homens (e pouquíssimas mulheres) que atuam predominantemente orientados por paradigmas sexistas excludentes e mantenedores de desigualdades, posturas profissionais formadas e reforçadas institucionalmente. E há uma real insatisfação da sociedade com o que está aí: morosidade, sensação de impunidade/insegurança, falência do sistema carcerário, etc. Mas que sistema de justiça é esse dentro de uma mudança de paradigma também institucional e que poderia responder às necessidades das mulheres agredidas?

Primeiro devemos reconhecer que não existe no Brasil um “sistema de justiça” propriamente dito. Está implícita, no uso da palavra sistema, a ideia de concatenação e coordenação/harmonia no desempenho de funções dirigidas a um fim comum.

Ora, é público e notório que não há diálogo institucional nem entre as polícias brasileiras (civil e militar, por exemplo), muito menos entre elas e o Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública/Advocacia. As instituições de segurança pública brasileiras atuam cada qual no seu “castelo”, com regras e discursos próprios. Não há uma política institucional comum. Não há um sistema de justiça brasileiro. E quais seriam as necessidades das mulheres em relação à Justiça?

Uma Justiça que leve em conta – por exemplo, no caso da violência doméstica – a simples leitura do artigo 4º da Lei Maria

da Penha, que manda observar a condição peculiar da mulher que sofre violência dentro de casa, em suas relações íntimas.

Uma Justiça feita por instituições comprometidas com uma política de formação dos seus profissionais em gênero. Apesar de a Lei Maria da Penha prever a necessidade dessa formação, a realidade é que tais instituições não tem mecanismos internos de coerção e controle que garantam a obrigatoriedade de conhecimento nessa área para seus profissionais. Fica na base do “facultativo”. Princípios como independência funcional do promotor e livre convencimento do juiz, por exemplo, são utilizados para justificar a falta de controle interno institucional sobre uma prestação jurisdicional sexista e altamente discriminatória das mulheres.

Assim, o caminho a ser trilhado, além de uma política que orientasse para a real formação de um sistema integrado de justiça – que hoje inexistente – seria o de estabelecimento de uma política de controle interno das instituições que passasse pela obrigatoriedade da formação do profissional em gênero e análise corretiva de manifestações oficiais marcadamente preconceituosas e disseminadoras de violência de gênero.

1.2 A Lei Maria da Penha e a Introdução de Mecanismos que Subvertem a Ordem Tradicional – As Resistências a Serviço da Manutenção do Socialmente Construído

A Lei nº 11.340/2006 não ignorou as resistências acima apontadas. Veio, por isso, preencher de mecanismos para avançar derrubando tais resistências. Um dos mecanismos de alteração da ordem vigente trazidos foi a introdução de temas polêmicos,

provocadores de desestabilização tanto na seara do direito de família quanto também na esfera penal. Citamos, por exemplo, a inserção do termo gênero e do reconhecimento das relações homoafetivas na legislação repressora da violência doméstica contra a mulher.

Apenas tais inovações bastariam para trazer à tona uma série de resistências à validade reconhecida da lei. Chamo de validade reconhecida aquela que confere efetividade e aceitação da lei desde o cidadão mais comum, até o intérprete que lhe dará concretude e aplicação no mundo. Quantas vezes não ouvimos dizer que uma determinada lei “não colou”? Esse jargão é a versão popular para a definição jurídica de uma lei que não tem concretude e eficácia real, não obstante formalmente válida e em vigor.

São conhecidos os conceitos kelseanos de validade e eficácia de uma lei, segundo os quais, a validade é da ordem do *dever-ser*, enquanto a eficácia seria da ordem do *ser*. Melhor explicando, uma norma seria válida pelo simples fato de pertencer ao ordenamento jurídico e de ter vindo à luz de acordo com as formalidades legais exigidas. Sua validade não dependeria de sua eficácia, embora se reconheça que um mínimo de eficácia – realização fática da conduta humana – é conveniente. A eficácia estaria aqui relacionada àquela possibilidade de uma norma, embora válida e vigente, não ser cumprida, ao contrário, ser repudiada socialmente pelos seus destinatários.

Quando falamos em destinatários da Lei Maria da Penha não nos referimos ao desviante que, ao romper com a integridade física ou psíquica da mulher, fica sujeito aos seus rigores. Destinatários somos todos nós, inclusive os intérpretes que tem a missão maior de conferir concretude a essa lei e para isso precisam, o tempo todo, estar revendo seus conceitos sobre gênero, masculinidades, feminilidades, violência e todos os demais aspectos relacionados.

A Lei Maria da Penha, mais do que qualquer outra, está sujeita a esses questionamentos relacionados à sua eficácia e concretude quando se propõe a disciplinar e reordenar a ordem tradicionalmente hierárquica estabelecida nos lares brasileiros. Daí toda a polêmica que suscita.

Que Justiça é essa que se pretende fazer remodelando minha forma de pensar o que é ser homem e o que é ser mulher dentro de minhas relações interpessoais?

É natural, pois, que ao introduzir o elemento gênero na seara do enfoque jurídico na violência doméstica e ao evidenciar que ele não está relacionado ao sexo biológico (reconhecimento da violência na relação homoafetiva), sendo, portanto, uma mera criação social, a lei propõe uma verdadeira revolução e um novo lugar de onde o intérprete deve se posicionar para olhar para a violência doméstica.

É também evidente que essa mudança forçada e necessária do local de onde o jurista – e mesmo a sociedade – costumava comodamente ficar diante da violência doméstica é geradora de desconforto e resistência. Reconhecer e compreender esses

mecanismos de resistência são atitudes fundamentais para aqueles que acreditam na importância da Lei Maria da Penha e de seu potencial transformador nas relações de gênero. Isto por que uma lei – embora detentora de um conteúdo político afirmativo relevante – pode ser completamente aniquilada em sua concretude e eficácia real conforme a interpretação que o jurista lhe confere.

Uma lei é sempre interpretada, dita e mediada por um terceiro: um/a juiz/a, um/a promotor/a, um/a policial. É evidente, pois, que sua eficácia e concretude passam pela (im)possibilidade desse profissional de se colocar em um lugar fora do social onde foi formado e conformado para aplicá-la pura e assepticamente. Em outras palavras, ao introduzir o termo gênero na legislação penal repressora da violência doméstica, o legislador anuncia a necessidade de que os profissionais que interpretarão essa lei estejam dispostos a abrir-se para esse conceito – relativamente novo – e rever suas posturas, suas crenças e suas atitudes relacionadas à família, parentalidade, conjugalidade, violência e toda gama de fenômenos que tão facilmente reconhecidos no espaço público, historicamente eram invisíveis dentro do espaço doméstico.

Essa modificação de maneiras e formas de pensar tão socialmente arraigadas exige principalmente que o profissional faça um esforço de auto-observação constante e tenha consciência – tanto quanto possível – da intensidade com que sua atuação está comprometida por valores e crenças reforçadores de mitos e estereótipos de gênero. Mas, para sair de onde estamos, primeiro é

preciso conhecer e olhar para a realidade que pretendemos mudar. Se não se reconhece a ineficácia do que se faz, dificilmente o profissional será convencido de que precisa mudar sua forma de atuação.

E um dos métodos mais eficientes para conhecimento da realidade é a pesquisa empírica. Os dados a seguir foram recortados da realidade da violência doméstica trazida aos Juizados Criminais do Distrito Federal.

2 Dados Estatísticos – a Realidade que se Pretende Mudar e a Dificuldade dos Profissionais em Superar a Crença de que a Violência Doméstica é Assunto Eminentemente Privado

Nas tabelas a seguir, elaboradas a partir de dados colhidos no sistema do Ministério Público (SISPRO), em três cidades do Distrito Federal, abrangendo de agosto de 2003 a julho de 2006, período imediatamente anterior à entrada em vigor da lei, verificamos a realidade que se pretendia mudar.

Na oportunidade foi utilizado o método de amostragem aleatória simples como a seguir demonstrado de forma exemplificativa:

Tabela 1 – Método de amostragem aleatória simples

Amostragem	Ceilândia	Samambaia
Tamanho da amostra ajustado considerando a proporção de casos de violência no casal	402	398
Salto da amostragem sistemática (menor inteiro maior ou igual à razão da população pelo tamanho estimado da amostra)	6	6

Amostragem	Ceilândia	Samambaia
Novo tamanho amostral	449	416
Estimativa do número de casos de violência no casal	365	338

Fonte: Elaborado pelas autoras

Ao observar as tabelas podemos perceber uma estrutura ou praxe judiciária anterior à edição da lei que, se não estimulava o arquivamento prematuro da questão, ao menos pouco fazia para mudar essa realidade e oferecer uma intervenção de maior qualidade.

Tabela 2 – Distribuição da frequência dos casos de Violência no Casal – Vítima autorizou prosseguimento do processo

Autorizou prosseguimento do processo	Brazlândia	Ceilândia	Samambaia
Não	220 (92,44%)	286 (93,16%)	264 (87,42%)
Sim	18 (7,56%)	21 (6,84%)	33 (10,93%)
Não informado	-	-	5 (1,66%)
TOTAL	238	307	302

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 3 – Distribuição da frequência dos casos de Violência no Casal – Tipo de Renúncia

Tipo de Renúncia	Brazlândia ⁽¹⁾	Ceilândia	Samambaia
Expressa	155 (70,78%)	247 (86,36%)	155 (58,71%)
Tácita	64 (29,22%)	39 (13,64%)	109 (41,29%)
TOTAL	219	286	264

Fonte: Banco de dados do MPDFT

(1) Dados obtidos da tabela 43.a do estudo de Brazlândia, onde renúncia expressa corresponde aos itens “vítima desistiu expressamente” (com 94 ocorrências) e “acordo entre as partes” (61 casos) e onde renúncia tácita corresponde aos itens “vítima intimada não compareceu” (46 ocorrências) e “vítima mudou de endereço e não compareceu” (com 18 casos).

Tabela 4 – Distribuição da frequência dos casos de Violência no Casal – Local da renúncia expressa

Local da renúncia expressa	Brazlândia ⁽¹⁾	Ceilândia	Samambaia
Em audiência c/ juiz ou promotor	...	9 (3,64%)	42 (27,1%)
Secretaria de Vara	...	16 (6,48%)	40 (25,81%)
Na delegacia	...	77 (31,17%)	34 (21,94%)
Por telefone	...	97 (39,27%)	22 (14,19%)
Em audiência com conciliador	...	46 (18,62%)	10 (6,45%)

Com oficial de justiça	...	2 (0,82%)	7 (4,51%)
TOTAL	...	247	155

Fonte: Banco de dados do MPDFT

(1) Dados não disponíveis

Tabela 5 – Distribuição da frequência dos casos de Violência no Casal – Motivo da renúncia tácita

Motivo da renúncia tácita	Brazlândia ⁽¹⁾	Ceilândia	Samambaia
Vítima intimada, não compareceu à audiência	46 (71,88%)	13 (33,33%)	74 (67,89%)
Vítima mudou de endereço e não compareceu	18 (28,12%)	26 (66,67%)	30 (27,52%)
Vítima não forneceu endereço do autor	-	-	3 (2,75%)
Vítima não encontrada	-	-	1 (0,92%)
Não informado	-	-	1 (0,92%)
TOTAL	64	39	109

Fonte: Banco de dados do MPDFT

(1) Dados obtidos da tabela 43.a do estudo de Brazlândia, onde renúncia expressa corresponde aos itens “vítima desistiu expressamente” (com 94 ocorrências) e “acordo entre as partes” (61 casos) e onde renúncia tácita corresponde aos itens “vítima intimada não compareceu” (46 ocorrências) e “vítima mudou de endereço e não compareceu” (com 18 casos).

Conforme se vê, em Ceilândia, a vítima esteve diante do juiz para se retratar da representação oferecida na delegacia em menos de 4% dos casos. Mesmo em Samambaia, onde o índice

é consideravelmente maior, pelo menos 07 em cada 10 mulheres que ofereceram queixa na delegacia nunca estiveram diante do juiz para tratar da questão.

Portanto, a exigência do legislador prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha, outro mecanismo introduzido para superar a resistência encontrada na responsabilização em casos de violência doméstica, a par de inúmeras outras razões de existir, tem a intenção de garantir o olhar das autoridades para que exerçam sua função de interdição da conduta agressiva, de interrupção do ciclo de violência, verificando se aquela renúncia da mulher à apuração dos fatos é motivada por outros atos violentos de coerção (ameaças, etc.). Esse barramento, é claro, se opera com a força coerciva do direito, sob a ameaça da sanção que será aplicada ao renitente violador do direito alheio.

Ocorre que, na prática, não obstante quase 5 (cinco) anos de entrada em vigor da lei, quando as partes chegam nessa audiência, muitas vezes, ao invés de ouvirem e presenciarem o Estado exercer essa função de barramento e interdição do comportamento violento, são surpreendidos por uma atuação distanciada, uma linguagem técnica asséptica e uma postura não-interventiva. Uma atuação descompromissada com a função de interditar o comportamento violento, de nomeá-lo como tal. Uma atuação que – aderindo à resistência natural dos envolvidos – reforça o senso comum de que a violência doméstica é um assunto de conteúdo predominantemente privado.

Em entrevistas com juízes e promotores, verifica-se que possuem uma visão estereotipada das mulheres, acreditando que elas *aceitam* a violência sofrida. Há uma dificuldade de o profissional reconhecer sua parcela de responsabilidade nesse processo de arquivamentos maciços dos casos de violência doméstica. Quase sempre a justificativa é que a mulher não permitiu. Não se faz sequer uma reflexão sobre em que bases essa postura da mulher foi construída, como se vê na fala desse magistrado:

[...] são mulheres com um nível cultural mais baixo e que infelizmente em algumas situações, até ‘aceitam algum tipo de postura mais agressiva por parte do marido’, infelizmente, então é um quadro que em algumas vezes é bastante grave, muito sério e preocupante, mas é a questão do analfabetismo, é a questão da falta de emprego que gera a dependência financeira [...] (MORATO et al., 2009, p. 56).

Essa postura e essas crenças arraigadas pouco mudaram com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha. Nas audiências a questão da violência é relativizada por meio de perguntas direcionadas a uma contemporização do conflito, tais como: “*isso aconteceu uma vez só? ou já que ele não mais a incomodou ou agrediu, você tem certeza que ainda quer a continuidade das apurações?*”. Esses procedimentos denunciam a extrema dificuldade dos profissionais em exercer um papel mais efetivo na interrupção do ciclo de violência. As perguntas claramente indutivas revelam a crença compartilhada por todos de que o Estado só deve intervir na violência doméstica se houver expressa

autorização das partes e, ainda assim, uma autorização resistente às tentativas de apaziguamento feitas pelo juiz e pelo promotor, tentativas que tem a intenção não declarada de transformar o que se vê ali no ideal imaginário do que seria – ou deveria ser – uma “harmonia familiar”.

Aliás, esse é outro mito que dificulta bastante o enfrentamento da violência doméstica e a desconstrução dos mecanismos de resistência à atuação do Estado nessa esfera: o ideal compartilhado de que a família é uma entidade harmônica e amorosa. Mas não é objeto desse breve ensaio o aprofundamento nessa questão. Fica somente o registro de que o compartilhamento da crença nesse mito dificulta tanto que os profissionais envolvidos percebam a necessidade e urgência de uma intervenção, quanto que os homens e mulheres se percebam como co-autores de uma interação que nunca se aproximará desse ideal imaginário. Essa sensação de autfracasso no cumprimento desse ideal de harmonia familiar favorece o empobrecimento da estima própria de homens e mulheres em situação de violência, minando a possibilidade de um relacionamento mais maduro e calcado numa realidade mais próxima do dia a dia de ambos.

2.1 Dados Estatísticos – as Resistências ao Paradigma da Complexidade e à Aplicação da Lei em sua Integralidade – a Questão das Medidas Protetivas de Urgência

Com o objetivo de verificar se, de fato, a aplicação da Lei Maria da Penha está ocorrendo apenas com enfoque punitivo, acompanhando o destaque realizado pela doutrina e até mesmo

pela mídia, ao invés do enfoque da proteção integral idealizado na lei, foi realizada pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais de Ceilândia/DF. O objeto desta pesquisa consistiu na verificação da concessão das eventuais medidas protetivas requeridas pela vítima, dada a importância desta inovação promovida pela lei, amplamente comemorada pela doutrina.

Elaboramos uma análise exploratória de 100 processos em trâmite no 1º e 2º Juizados Especiais Criminais de Ceilândia. A escolha desses processos foi aleatória, tendo como único critério o fato de estarem ainda tramitando no Fórum. Esta análise teve como objetivo verificar as tendências na aplicação das medidas protetivas de urgência, focando-se, portanto, na frequência em que eram requeridas e deferidas, bem como na relação destes dados com o tipo de crime ou contravenção em apuração. Foram analisadas apenas as decisões interlocutórias, excluindo-se as medidas protetivas de urgência eventualmente concedidas na audiência preliminar. Esta escolha deveu-se, principalmente, à dificuldade em apurar a possível concessão das medidas em audiência – em diversos processos, a audiência preliminar ainda não havia sido realizada, seja por estarem marcadas em data posterior à pesquisa, seja pela ausência das partes na data prevista.

Montamos uma tabela, preenchida conforme a análise dos autos. De cada processo, foram colhidas as seguintes informações: a) número dos autos; b) delegacia de origem; c) juiz responsável pela decisão interlocutória (juiz titular, substituto ou plantonista); d) crime(s)/contravenção(ões) apurado(os); e) medidas protetivas

de urgência requeridas; f) medidas protetivas de urgência deferidas em decisão interlocutória.

Chegamos a um total de 353 medidas protetivas requeridas, sendo aproximadamente 3,53 por processo/caso de violência doméstica trazido ao Judiciário. Observa-se, portanto, que raramente a vítima pede uma intervenção pontual, ao contrário, já na delegacia sempre mais de uma medida é solicitada para interromper o ciclo violento.

Das 353 medidas requeridas apenas 109 foram deferidas, ou seja, cerca de 2/3 ou 70% das providências requeridas pelas mulheres agredidas são liminarmente indeferidas pelo Judiciário no Distrito Federal. Quando se observa a média das medidas deferidas por processo, chega-se ao percentual de 1,09 mp/p, conforme tabelas a seguir.

Tabela 6 – Distribuição das medidas protetivas de urgência – Apreciação em decisão interlocutória

Medida protetiva de urgência	Número de vezes em que foi requerida	Frequência em que é requerida	Número de vezes em que foi deferida	Frequência em que é deferida
Proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação	89	89%	47	53%

Medida protetiva de urgência	Número de vezes em que foi requerida	Frequência em que é requerida	Número de vezes em que foi deferida	Frequência em que é deferida
Proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor	85	85%	45	53%
Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida	44	44%	12	27%
Proibição de frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida	43	43%	00	00%
Prestação de alimentos provisionais ou provisórios	34	34%	1	3%
Determinação da separação de corpos	21	21%	2	9.5%
Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar	18	18%	1	5.5%

Medida protetiva de urgência	Número de vezes em que foi requerida	Frequência em que é requerida	Número de vezes em que foi deferida	Frequência em que é deferida
Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente	2	2%	1	50%
Encaminhamento da ofendida e de seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento	2	2%	00	00%
Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial	5	5%	00	00%
Determinação do afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos	3	3%	00	00%
Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida	3	3%	00	00%

Medida protetiva de urgência	Número de vezes em que foi requerida	Frequência em que é requerida	Número de vezes em que foi deferida	Frequência em que é deferida
Suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor	2	2%	00	00%
Prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida	2	2%	00	00%
Determinação da recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor	00	00%	00	00%
TOTAL	353	-	109	-

Fonte: TJDFT

Dos processos pesquisados, chegamos a um total de 11 casos que foram decididos por juízes plantonistas, ou seja, magistrados que não tiveram nem nunca teriam qualquer contato com as partes – que não eram os do local do fato ou titulares da vara responsável pelo processo e julgamento. Nesses 11 casos foram requeridas 41 medidas diferentes, numa média de 3,72 medidas/processo. Das 41 requeridas apenas 5 foram deferidas indicando

uma tendência maior do juiz da causa em deferir medidas do que o juiz plantonista, ou seja, enquanto a média do juiz da causa é em torno de 30% de deferimento, a do juiz plantonista é de 12% dos casos.

Tabela 7 – Número de medidas protetivas de urgência e as ocorrências mais frequentes

Ocorrência	Número de medidas protetivas requeridas	Média de medidas requeridas por processo	Número de medidas protetivas deferidas	Porcentagem das medidas protetivas deferidas
Lesão corporal + algum outro crime	95	4,3	38	40%
Injúria e ameaça	61	3,4	23	38%
Ameaça	59	3,5	18	30,5%
Lesão corporal	35	2,9	15	43%

Fonte: TJDFT

Tabela 8 – Afastamento do lar – ocorrências

Ocorrência	Número de afastamentos do lar requeridos	Número de afastamentos do lar deferidos	Porcentagem de afastamentos do lar deferidos neste tipo de ocorrência
Lesão corporal combinada ou não com outro crime	21	9	43%

Ocorrência	Número de afastamentos do lar requeridos	Número de afastamentos do lar deferidos	Porcentagem de afastamentos do lar deferidos neste tipo de ocorrência
Injúria, ameaça, calúnia, difamação (combinadas, ou não, entre si)	13	2	15,5%
Injúria, ameaça, calúnia, difamação e dano (combinados, ou não, entre si)	1	00	00%
Injúria, ameaça, calúnia, difamação, dano e vias de fato (combinados, ou não, entre si)	9	1	11%
TOTAL	44	12	-

Fonte: TJDFT

Nota: Do total de afastamentos do lar deferidos, 75% foram deferidos em ocorrências que envolviam crime de lesão corporal

A análise dos dados referentes às decisões judiciais acerca das medidas protetivas de urgência, bem como a sua relação com os crimes ou contravenções apurados em cada caso, revela como a aplicação da Lei Maria da Penha está ainda presa ou vinculada ao paradigma repressivo penal tradicional.

As medidas deferidas com mais frequência – proibição de aproximação e proibição de contato com a ofendida (deferidas, ambas, numa frequência de 53% dos casos) – são aquelas onde já há a atitude da mulher no sentido de rompimento da relação. Tais

medidas só são deferidas quando o casal já não habita a mesma residência e são de difícil controle por parte do Estado.

As medidas típicas de direito de família são pouco deferidas – prestação de alimentos provisórios, separação de corpos e suspensão das visitas (requeridas em 43%, 34% e 21% dos casos, respectivamente) numa frequência de 3%, 9.5% e 5.5%. Isso mostra dois aspectos relevantes: a) a frequência com que a violência doméstica e familiar contra a mulher está associada a problemas típicos de direito de família, com raízes mais profundas, para além da agressão; b) a hesitação dos juizes dos Juizados Criminais em deferir as medidas típicas de direito de família, focando-se quase que exclusivamente na questão penal.

O afastamento do lar, requerido em 44% dos casos, é deferido numa frequência de 27%, sendo que, nos casos de deferimento, 75% tratam de situações que envolvem o crime de lesão corporal. Nesse caso, a frequência de deferimento das medidas protetivas de maneira geral – que, em média, é de 31% – sobe para 43% quando se trata apenas de lesão corporal e para 40% quando se trata de lesão corporal combinada com mais algum crime ou contravenção.

Estes dados mostram que a concessão das medidas protetivas de urgência depende da gravidade do delito em apuração, numa total submissão do conflito interpessoal e complexo de gênero ao Direito Penal e suas figuras típicas, o que nunca foi a intenção da Lei Maria da Penha. Estes dados confirmam a hipótese levantada de que, na prática, a lei vem sendo moldada conforme a lógica

repressiva do Estado Penal, em prejuízo da prevenção de novos conflitos e da emancipação da mulher através do resguardo dos seus direitos na seara patrimonial e do direito de família.

A análise dos dados evidencia a extrema dificuldade dos juristas em enxergar a violência doméstica sob o paradigma da complexidade, nossa tendência em pensar o problema de forma setorializada, nossa incapacidade em observar o todo e aplicar a lei em sua inteireza. A atitude do Juiz de remeter as questões específicas de medidas protetivas de cunho civil e do direito de família às varas de família – quando a obrigação dita na lei é que ele resolva isso de forma plural e englobante – apenas revela o quanto ainda estamos atuando sob o paradigma tradicional e o quanto ainda precisamos avançar.

Avançar não apenas para resolver questões pontuais do casal em conflito, mas sim e principalmente pelo fato de que a violência é uma prática ensinada. A família, locus de socialização primária e básica do indivíduo, é responsável na formação de cidadãos capazes de resolver seus conflitos numa base dialógica. Ao contrário, o que se vê é a transmissão geracional de um método de resolução de conflitos baseado na força física, no poder de subjugar o mais fraco, na violência. Que estratégias foram trazidas pela lei para enfrentar esse desafio?

2.2 Dados Estatísticos – a Opção do Legislador para Obrigar o Olhar do Estado para a Violência e a Necessidade de Enfrentamento Multidisciplinar para Coibir a Violência Transgeracional – Estratégias de Intervenção.

Como acima salientado, o artigo 16 da Lei nº 11.340/2006 se consubstancia numa inovação trazida para alterar uma prática de resultados perversos no enfrentamento da violência doméstica.

A exigência de trazer as partes diante de um promotor ou um juiz tem o valor simbólico de tirar da invisibilidade do privado outra forma de violência muito mais insidiosa e perversa: a violência transgeracional, ou seja, a violência ensinada e aprendida no ambiente doméstico.

Aquela violência transmitida de uma geração à outra fortalecendo a crença equivocada de que o lar é um lugar onde podem ser expressados livremente nossos instintos mais violentos e de que podemos utilizá-los sem qualquer regramento na resolução dos conflitos que naturalmente ocorrem ali.

Ora, sabe-se que a estrutura familiar do casal em situação de violência apresenta, no geral, uma relação afetiva duradoura, inclusive, com alta incidência de pelo menos um filho em comum.

Tabela 9 – Grau de Relacionamento - Ceilândia/DF – Pesquisa 2003/2006

Situação afetiva	Frequência	Percentual
Companheiros/união estável	194	63,19%
Casados	75	24,43%

Situação afetiva	Frequência	Percentual
Namorados/noivos	36	11,73%
Não informado	2	0,65%
TOTAL	307	100,00%

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 10 – Distribuição da frequência dos casos de Violência no Casal por existência de filhos - Pesquisa 2003/2006

Filhos	Ceilândia	Samambaia
Sim	146 (47,56%)	156 (51,66%)
Não informado	142 (46,25%)	141 (46,68%)
Não	19 (6,19%)	5 (1,66%)
TOTAL	307	302

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 11 – Distribuição da frequência dos casos de Violência no Casal por existência de filhos – Só os informados - Pesquisa 2003/2006

Filhos	Ceilândia	Samambaia
Sim	146 (88,48%)	156 (96,89%)
Não	19 (11,52%)	5 (3,11%)
TOTAL	165	161

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Os dados acima foram corroborados em nova pesquisa realizada no período compreendido entre julho de 2007 e junho de 2008. Conforme se vê na tabela 8, mantém-se a realidade de um número expressivo de crianças expostas à violência doméstica. Em 282 processos, a informação sobre a presença ou não de filhos sob responsabilidade do casal é afirmativa em 77% dos casais, ou seja, 217 casos, sendo que 170 casais têm apenas filhos comuns, conforme tabela a seguir:

Tabela 12 - Distribuição do número de filhos em função da paternidade em Ceilândia

Paternidade dos filhos envolvidos	Frequência	Percentual
Sem filhos	1	0,5%
Comuns do casal	170	84,2%
Só do homem	1	0,5%
Só da mulher	13	6,4%
Comuns e do homem	3	1,5%
Comuns e da mulher	12	5,9%
Do homem e da mulher	1	0,5%
Comuns, do homem e da mulher	1	0,5%
TOTAL	202	100,0%

Fonte: SISPRO/MPDFT

Considerando que todos os membros da família são envolvidos nos acontecimentos do âmbito doméstico, sob uma perspectiva sistêmica, todos os participantes do contexto, incluindo as crianças e adolescentes filhos do casal, sofrem com suas consequências (SANTOS; COSTA, 2004). De certa forma os membros da família são envolvidos em um paradoxo: se por

um lado os valores dos processos de convívio social atribuem à família a condição de um “refúgio” para o indivíduo, fonte de afeto, amor e confiança (RANGEL, 2006), por outro lado os seus membros são enredados em relações permeadas pelo uso da violência física, psicológica, moral, patrimonial. Sendo a família um agente socializador básico, que exerce a função de reprodutora do sistema de crenças e valores dominantes (Idem, 2006), a exposição ao um contexto de violência conjugal funciona como uma escola para o jovem, que aprende serem as condutas violentas um método eficaz para controlar as pessoas e subjugar-las em prol de seus interesses pessoais.

O conceito de criança exposta à violência não se limita apenas a estar presente à cena em que ocorre a agressão, isto é, não é necessário observar a agressão para ser afetado por ela. Assim sendo, aquela criança que viu, ouviu um acidente de agressão à mãe, viu seu resultado (ferimentos hematomas, etc.) ou que vivenciou o seu efeito, quando interagindo com os pais, é uma criança exposta à violência. Os estudos da teoria de aprendizagem social sugerem que as crianças aprendem e incorporam as lições de violência e que, sem intervenção, tendem a repetir tais comportamentos.

Santos e Costa (2004) apontam, em sua pesquisa, algumas características desenvolvidas por crianças que vivem em lar violento. Dentre elas, podemos destacar: esperança de que a situação da violência melhore ou termine; baixa autoestima; expressão de sentimentos de medo, ansiedade, insegurança;

desenvolvimento de problemas de autocontrole e condutas exageradas; manifestação de dificuldades para concentrar-se; dependência econômica e emocional; aprendizagem de padrões de conduta violentos, copiando o da vítima (passivo) ou do agressor (matam animais ou agridem a outras crianças menores do que elas); pensamentos de suicidar-se e/ou mutilar-se ou causar-se algum dano.

Essas características vão ao encontro da pesquisa realizada por Miranda, Paula e Bordin (2010), na qual foi apontado que filhos testemunhas de violência entre os pais têm maior risco de apresentar problemas de adaptação social, delinquência e transtornos mentais, tanto na infância quanto posteriormente na vida adulta, além de poderem, futuramente, tornarem-se perpetradores ou vítimas de violência conjugal. Contudo, segundo as autoras, as informações quanto ao impacto da violência doméstica na vida dos filhos não estabelece quais parcelas dessas consequências podem ser atribuídas à exposição à violência conjugal ou a outros fatores, como os ambientais, que acompanham a violência, e os genéticos.

Tais constatações são pertinentes quando apontam que os diferentes problemas apresentados por crianças expostas à violência conjugal requerem um conhecimento de como o desenvolvimento infantil pode ser afetado por experiências negativas na família. Considera-se que o desenvolvimento da expressão emocional vem de experiências precoces importantes e que envolvem membros significativos da família. Sabendo

que a violência doméstica é extremamente prejudicial ao desenvolvimento psicossocial de crianças e adolescentes, bem como ao processo de estruturação das relações primárias de uma criança, é fundamental a disponibilização de programas que favoreçam a intervenção precoce nos casos em que a situação seja apresentada, como forma de garantir a esses jovens o direito a uma convivência familiar que favoreça o seu salutar desenvolvimento.

Contudo, ainda que a lei reconheça a importância de acompanhamento e intervenções psicossociais como forma de favorecer o saudável desenvolvimento dos membros da família, os dados colhidos ainda demonstram que o encaminhamento para atendimento por equipes multiprofissionais, embora muito presente no discurso dos operadores do direito, ocorre apenas num número insignificante de casos.

Tabela 13 – Distribuição da frequência dos casos de Violência no Casal – Acompanhamento multidisciplinar apesar da renúncia, em Ceilândia-DF – Pesquisa 2003/2006

Houve acompanhamento multidisciplinar	Frequência	Percentual
Não	281	98,25%
Sim	5	1,75%
TOTAL	286	100,00%

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 14 – Distribuição da frequência dos casos de Violência no Casal – Acompanhamento multidisciplinar apesar da renúncia em Samambaia- DF – Pesquisa 2003/2006

Houve acompanhamento multidisciplinar	Frequência	Percentual
Não	238	90,15%
Sim	20	7,58%
Não informado	6	2,27%
TOTAL	264	100,00%

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Uma nova pesquisa realizada em Ceilândia, no período supracitado compreendido entre julho de 2007 a junho de 2008 revelou um aumento considerável para o acompanhamento multidisciplinar.

Manteve-se a realidade de que, em aproximadamente metade dos processos não houve proposta de encaminhamento documentada; em compensação, em 40% dos casos, houve algum tipo de encaminhamento, sendo que destes somente 16% dos casais foram encaminhados apesar da renúncia da mulher ao processo criminal. Esse dado evidencia uma tendência à superação do enfoque meramente punitivo penal para alcançar aqueles casos em que a resposta penal é rejeitada pela mulher, mas as demais propostas previstas na Lei Maria da Penha são muito bem recebidas por ela. Somente em 1,6% não houve encaminhamento, por vontade das partes.

Tabela 15 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal – Tipo de encaminhamento – Pesquisa 2007/2008

Encaminhamento	Casal	Autor	Vítima	Família	Total
AA	1	10	-	-	11
NA	-	1	-	-	1
Grupo psicossocial	80	28	5	3	116
Outros	3	4	3	-	10
TOTAL	84	43	8	3	138

Fonte: SISPRO/MPDFT

Apesar dos avanços, muito ainda há a ser feito se pretendemos comemorar algum dia, de fato, a integral proteção da mulher prevista na lei. Mas como avançar numa seara onde as resistências são tão intensas, viscerais, não ditas, mutantes e, muitas vezes, ocultas dos próprios indivíduos porque inconscientes, porque sociais, estruturais e institucionais? Resistências, como já demonstrado anteriormente, compartilhadas por todos, tanto pelos homens e mulheres que estão numa situação de violência, quanto pelos profissionais responsáveis por interditar, interromper essa interação nociva, quanto pelas instituições e a sociedade.

3 Conclusão - o Papel do Direito e Algumas Estratégias de Dissolução das Resistências à Intervenção na Violência Doméstica – a Necessidade de uma Política Institucional de Controle Interno da Qualidade das Intervenções Oficiais

Defendemos aqui que o papel do direito na violência doméstica seria assumir a função de interdição, de barramento,

de nomear a violência, de dizer o que está vedado ao indivíduo na sua interação com o outro, ou seja, interromper o ciclo violento, a despersonalização e o aniquilamento de um ser humano por outro. Essa função de barramento, de interdito deve, contudo, operar numa lógica da complexidade que favoreça uma abordagem integral e não meramente punitivo-criminal.

Ao estudar violência, percebe-se que um de seus mecanismos é a transformação da vítima, aos olhos do opressor, em um ser não igual, em um “outro” estranho, inferiorizado e, portanto, capaz de suportar e ser destinatário de seus instintos mais ferozes de destruição.

Na violência doméstica contra mulher, esse terreno já é socialmente preparado quando é ensinado, desde a mais tenra idade, que homens e mulheres estão um para o outro numa relação hierárquica de mais poder, mais valia, força-fragilidade, dominação-dominado.

É claro que isso não é dito claramente. São as mensagens subliminares no ensinar a docilidade e obediência às meninas, enquanto se estimula o arrojo e o exercício de impulsos livremente aos meninos, que moldam nossa forma de pensar, ser e agir.

Assim, nessa relação, a mulher já entra com a desvantagem de ser, aos olhos do companheiro e de si própria (muitas vezes), um ser inferiormente diferente. A diferença é transformada em desigualdade e favorece o livre exercício da violência. Por isso, um dos trabalhos básicos e estratégia de enfrentamento que mais tem surtido resultados nos grupos de homens agressores,

desenvolvidos pelo Ministério Público do Distrito Federal em parceria com Universidades e outras instituições governamentais e não governamentais na cidade de Ceilândia, é a discussão com os envolvidos sobre “*quem é aquele outro (mulher) a quem nego a condição de sujeito que me é tão cara (enquanto homem)?*”.

Quando o homem agressor consegue se colocar no lugar do outro – no caso, da mulher agredida – seja quando observa como expectador uma cena de violência narrada pelo companheiro de grupo, seja quando narra sua própria experiência violenta e é convidado a ouvir o que ele mesmo disse (via gravação ou repetição pelo coordenador do grupo), ele consegue estabelecer uma situação empática com a vítima e perceber o quanto sua atitude foi destrutiva.

Esse reconhecimento, esse desenvolvimento da capacidade de se colocar no lugar do outro, é fundamental quando se pretende avançar na desconstrução das resistências tão naturalmente humanas à intervenção do Estado – ou de um terceiro qualquer – na violência doméstica, uma esfera que o indivíduo considera um espaço privado seu.

Além dessa estratégia, outro ponto que merece atenção é a estrutura institucional que favorece a manutenção de posturas hermenêuticas sexistas e que não mais podem ser toleradas diante da nova ordem constitucional e, em especial, após a edição da Lei Maria da Penha.

É que, mesmo antes de chegar ao ponto de uma reflexão mais aprofundada num grupo de discussão interdisciplinar, os sujeitos

da violência doméstica passam por uma instituição e, embora o discurso oficial seja de igualdade e superação da visão sexista, as sentenças, boletins de ocorrência e denúncias documentam resultados que são a expressão do preconceito e prevalência dos estereótipos de gênero que ainda colocam a mulher em uma condição de inferioridade e violência institucionalizada.

Para além do discurso oficial, a realidade é que a violência doméstica contra a mulher ainda não é compreendida como questão de interesse público pelas instituições oficiais (Judiciário, Ministério Público, Polícias, Defensoria, etc.) e, conseqüentemente, pelos profissionais formados e conformados por elas que ainda tem dificuldade de enxergar tal violência como uma violação dos direitos humanos. Essa violência ainda é tratada como assunto eminentemente privado, com apenas alguns reflexos na esfera pública, o que é um imenso equívoco. O discurso oficial de igualdade não se confirma nas leituras das peças processuais produzidas pela justiça e nas salas de audiências.

As respostas judiciais oficiais ineficazes e insatisfatórias - como as que foram dadas para a cidadã Maria da Penha antes da intervenção dos órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos - continuam e continuarão a ocorrer enquanto não se estabelecer uma política interna das Instituições de formação obrigatória dos profissionais em gênero e controle de manifestações oficiais discriminatórias e sexistas. Se esse controle interno não for implantado, não tenho dúvidas de que o controle externo social virá.

Essa resistência da Justiça em estabelecer mecanismos internos de controle, ao menos das manifestações oficiais claramente sexistas e discriminatórias, certamente aprofundará o fosso entre as Instituições oficiais e a sociedade que - superando suas próprias resistências - caminha a passos largos na exigência de mudanças de paradigmas nessa área. E onde há extrema rigidez na manutenção de parâmetros de atuação, certamente haverá rupturas.

Acreditamos que qualquer avanço que se queira no enfrentamento da violência doméstica passa necessariamente pela desconstrução contínua, insistente e sem tréguas dos mitos que sustentam uma relação violenta de gênero. Desconstrução tanto junto aos profissionais do direito, quanto junto aos homens e mulheres envolvidos nessa situação, estes últimos via intervenção psicossocial multidisciplinar, e aqueles através da força da normatividade e controle interno das instituições a que pertencem.

Finalmente, ainda que não seja o foco principal desse trabalho, cumpre-nos apontar que muito da resistência que redunde na manutenção do paradigma de enfrentamento da violência doméstica vigente está no fato de que o sistema como hoje o conhecemos foi concebido e é mantido por homens (maioria) e mulheres (minorias) que atuam numa lógica excludente e não inclusiva marcada por preconceitos de gênero, atuando essas últimas - ainda que formalmente exista uma aparência de igualdade de acesso aos cargos de justiça - alijadas das funções de poder dentro dos cargos de justiça capazes de ditar (mudar)

os rumos e prioridades institucionais dos setores da Segurança Pública.

No já citado relatório das Nações Unidas sobre o Progresso das Mulheres no Mundo, há a afirmação de que a Justiça segue inacessível para milhões de mulheres, tanto como jurisdicionadas, quanto como detentoras de funções de poder institucional nos órgãos de segurança pública. A par de constatar a situação, o relatório também apresenta estratégias para provocar a mudança desse quadro, apontando alguns fatores que considera ainda contribuir para a manutenção do *status quo* (PROGRESSO..., 2011).

Dentre esses fatores que dificultam o avanço no enfrentamento da violência doméstica estaria a questão dos obstáculos para a mulher conseguir uma colocação digna – em condições de igualdade com o homem – no mercado de trabalho, em especial, nos chamados cargos de justiça.

O referido relatório considera que empregar mais mulheres em cargos de administração da Justiça e no legislativo seria um fator acelerador para reformas de reconhecimento e garantia dos direitos das mulheres. Igualdade de remuneração e o estabelecimento de cotas para acesso a esses cargos seriam, no momento atual, estratégias necessárias para um avanço significativo nessa seara.

Além dessa estratégia, o relatório aponta pelo menos duas outras igualmente importantes: o investimento em centros de referência e atendimento à mulher agredida e uma assistência

jurídica de qualidade aliada a uma capacitação permanente das mulheres para conhecimento e defesa de seus direitos.

Como se vê, o presente trabalho não teve a pretensão de apresentar soluções definitivas para o enfrentamento da violência doméstica. Nossa intenção foi mostrar um pouco da realidade da resposta judicial tradicional, evidenciando sua total inadequação e ineficiência, esperando poder provocar uma discussão sobre alguns dos mecanismos institucionais e estruturais que favorecem sua manutenção, bem como, apontar algumas estratégias já em experimentação para superação tanto das resistências individuais, quanto sociais e institucionais para uma mudança que já não pode mais tardar a vir.

Title: The “Maria da Penha” Law: Accomplishments and Challenges Facing its Full Enforcement

Abstract: The Maria da Penha Law was conceived with the tough mission of regulating private relations within the domestic environment, facing the individual and unconscious resistance of women who are victims of domestic violence. The enforcement of this Law also requires overcoming the current interpretative and individual paradigms, facing institutional and structural resistance. The introduction of mechanisms to subvert the traditional order still finds resistances that maintain the socially constructed status. The presentation of statistical data will show not only the reality that needs to be changed and the difficulty of professionals in overcoming the current paradigms, but also the resistance to the paradigm of complexity and application of the law in its entirety. It will show, even further, the choice of the legislator in obligating the State to look at violence from a multidisciplinary approach in order to overcome trans generational violence. Finally, intervention strategies will be presented, exploring the role of the Law in the dissolution of resistance with an institutional policy for internal quality control of official

interventions.

Keywords: Gender. Women victims of domestic violence.

Referências

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *Crises da república: da violência*. Tradução: José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 93-156. (Coleção Debates).

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

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*, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. A Lei nº 11.340/06 e as novas perspectivas da intervenção do Estado para superar a violência de gênero no âmbito doméstico e familiar. In: SANTOS, Luiz Felipe Brasil; BRUXEL, Ivan Leomar (Coord.). *Lei Maria da Penha: Lei nº 11.340/06 [e] Lei de Tóxicos: Lei nº 11.343/06:*

2º ciclo de estudos. 1. ed. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2007. p. 101-118. (Cadernos do Centro de Estudos; v. 2).

GAY, Peter. *Freud: uma vida para nosso tempo*. Tradução: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MIRANDA, Milma Pires de Melo; PAULA, Cristiane Silvestre; BORDIN, Isabel Altenfelder. Violência conjugal física contra a mulher na vida: prevalência e impacto imediato na saúde, trabalho e família. *Revista Panamericana de Salud Publica*, Washington, v. 27, n. 4, 2010.

MORATO, A. C. *A violência no casal diante do sistema de justiça criminal: estudos junto ao Juizado Criminal de Brazlândia*, DF. Brasília: [s. n.], 2006. Mimeografado.

MORATO, A. C. et al. *Análise da relação sistema de justiça criminal e violência doméstica contra a mulher*. 1. ed. Brasília: ESMPU, 2009. 110 p. v. 1.

NIETZSCHE, Friederich W. *Ecce homo: como se vem a ser o que se é*. [Tradução: Heloísa da Graça Burati]. São Paulo: Rideel, 2005.

PROGRESSO das mulheres do mundo 2008/2009. Quem responde às mulheres?: gênero e responsabilização. [S.l.]: UNIFEM, 2011. Disponível em: <<http://www.unifem.org.br/sites/700/710/00000395.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2013.

RANGEL, Patricia Calmon. *Abuso sexual intrafamiliar recorrente*. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, C. M.; IZUMINO, W. P. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe*, Tel Aviv, v. 16, n. 1, 2005.

SANTOS, Larissa Viana; COSTA, Liana Fortunato. Avaliação da dinâmica conjugal violenta e suas repercussões sobre os filhos. *Revista Psicologia: teoria e prática*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 59-72, 2004.

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

MORATO, Alessandra Campos; SANTOUCY, Luiza Barros; COTTA, Mayra. A Lei Maria da Penha: conquistas e desafios para sua integral aplicação. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 281-332, 2013. Anual.

Submissão: 10/04/2013

Aceite: 18/06/2013

O Poder de Definição da Tipicidade das Condutas Investigadas: uma Análise dos Papéis Processuais do Ministério Público, do Juiz e da Polícia de Investigação

Thiago André Pierobom de Ávila

Promotor de Justiça do MPDFT, titular da 3ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de Brasília, Coordenador dos Núcleos de Direitos Humanos. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Público pela UnB. Especialista em Investigação Criminal pela *École Nationale de la Magistrature* da França. Autor de diversos livros e artigos jurídicos, professor de direito processual penal em Brasília e palestrante perante diversas instituições.

Resumo: Análise dos papéis desempenhados pelo Ministério Público, Juiz e Polícia na fase da investigação criminal à luz do sistema acusatório, especificamente em relação ao poder de tipificação da conduta investigada. O Ministério Público possui o papel de controlar externamente a atividade policial e de ser titular da ação penal, o que lhe dá o poder de tipificar as condutas nessa fase. O juiz poderá reduzir a tipificação apresentada pelo Ministério Público apenas quando tal excesso já configurar uma restrição de direitos fundamentais do investigado. As eventuais divergências entre Ministério Público e polícia quanto ao indiciamento do suspeito resolvem-se pelo exercício direto pelo Ministério Público de suas prerrogativas constitucionais na fase da investigação criminal. Releitura constitucional do indiciamento à luz do sistema acusatório.

Palavras-chave: Ministério Público. Juiz. Polícia. Tipificação da conduta. Sistema acusatório. Controle externo da atividade policial. Titularidade da ação penal.

Sumário: Introdução. 1 O Poder de o Ministério Público Definir a Tipicidade dos Fatos Investigados como uma Regra Geral. 2 Papel do Juiz na Tipificação das Condutas na Fase das Investigações. 3 O Papel do Delegado de Polícia na Tipificação Provisória dos Fatos na Fase das Investigações Criminais. 4 Considerações Finais. Referências.

Introdução

A questão relativa ao poder de definir a tipicidade dos fatos no curso de uma investigação criminal é polêmica. Há quem entenda que a presidência da investigação é atribuição privativa do Delegado de Polícia e que apenas ele poderia realizar a tipificação das condutas nessa fase. Outros entendem que como o Ministério Público é o titular da ação penal, e a tipificação não deixa de ser uma forma de “rascunho de acusação”, então apenas o Ministério Público deveria ter o poder de realizar tipificações na fase das investigações criminais (SILVA, 2010, p. 122). Quanto ao juiz, qual seria sua posição nessa fase preliminar? Poderia ele, de ofício, alterar a tipificação feita pelo Delegado ou pelo Ministério Público, seja para agravá-la ou para minorá-la? Esse é um tema que merece amadurecimento da doutrina processual penal, para que se evitem posições radicais, que desconsiderem tanto o estatuto processual dos intervenientes nessa fase processual quanto a viabilidade prática de tais proposições.

1 O Poder de o Ministério Público Definir a Tipicidade dos Fatos Investigados como uma Regra Geral

O Ministério Público possui o poder de encerrar uma investigação criminal executada pela polícia através da promoção de arquivamento (por falta de provas, atipicidade ou outros motivos) ou ainda de promover uma ação penal. Esse poder de decisão sobre o destino da investigação criminal é denominado tradicionalmente de *opinio delicti*, apesar de não ser uma mera opinião para decisão de outrem, mas já é a verdadeira decisão de

acusação ou não acusação, de forma que o eventual controle do juiz sobre essa decisão ministerial, pelo art. 28 do CPP, apenas remete ao chefe da instituição a possibilidade de rever da decisão de primeira instância (ou seja, o Ministério Público decide e o juiz fiscaliza e eventualmente recorre, na tradicional “função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal”)¹.

O papel do juiz nessa fase não é de fiscal da sociedade, mas sim de fiscal contra restrições indevidas da liberdade do investigado: um verdadeiro juiz das garantias. Assim, a polícia investiga para que o Ministério Público decida se a notícia do crime é fundada ou não, se irá ou não exercer sua ação penal, e o juiz decide sobre os requerimentos de restrições de direitos fundamentais do investigado. O inquérito é um procedimento teleologicamente direcionado para a decisão de acusação ou não acusação e, em seguida, para subsidiar a decisão judicial de receber ou rejeitar a acusação ministerial (portanto, uma decisão judicial ainda subordinada à decisão de acusação pelo Ministério Público). Assim, seu papel é de órgão que auxilia o Ministério Público a exercer sua função constitucional de titular da ação penal, mediante uma atividade de investigação criminal, com um

1 Não entramos na análise aprofundada da constitucionalidade desse método de controle judicial da inação ministerial. Parece-nos que seria mais compatível com a Constituição um sistema no qual o controle da não acusação permanecesse dentro do Ministério Público, com um sistema de reexame obrigatório, inclusive com possibilidade de eventual contraditório pela vítima individualizada, quando houver. Todavia, por outro lado, um sistema em que o Ministério Público de primeira instância pudesse decidir não acusar e tal manifestação simplesmente permanecesse sem qualquer tipo de controle também nos parece igualmente inconstitucional.

espaço de autonomia própria, mas com forte interdependência da atividade do Ministério Público.

Como afirma Schünemann (2010, p. 458), essa relação de dependência funcional entre polícia e Ministério Público significa, em termos práticos, que a polícia trabalha para que o Ministério Público possa exercer sua atribuição de formação da *opinio delicti*, e que não pode recusar cumprimento de suas requisições, situações que também existem no Brasil. Essa perspectiva foi muito bem reconhecida no contexto brasileiro por J. F. Marques (2009), o qual já assinalava que, apesar de a polícia judiciária não estar subordinada hierárquica e administrativamente ao Ministério Público ou às autoridades judiciárias:

[...] há relações funcionais no âmbito da justiça penal nas quais a autoridade policial se subordina ao Judiciário e ao Ministério Público, uma vez que à polícia incumbe preparar a ação penal, de que este último é o órgão competente para propô-la. Essa subordinação deriva dos vínculos que são criados na regulamentação do processo penal. (MARQUES, 2009, p. 201-202).

O papel do Ministério Público nessa fase é de órgão de controle externo da atividade policial, atividade realizada em função de sua titularidade privativa da ação penal, o que impõe uma atividade continuada de acompanhamento da investigação policial para assegurar o sucesso de sua decisão ao final do inquérito (de acusar ou não acusar), um acompanhamento que se exerce faticamente no Brasil como um poder de direção indireta da atividade investigativa, mediante as requisições de diligências

à autoridade policial. E o investigado não é mero objeto da investigação, mas verdadeiro sujeito de direitos, que lhe são deferidos pela circunstância de estar, faticamente, sendo alvo de uma investigação, haja ou não definição formal desse estatuto de investigado. Esses são os papéis dos intervenientes da fase investigativa à luz de um sistema acusatório e garantista, que foi indubitavelmente acolhido por nossa Constituição².

O poder do Ministério Público de decisão sobre a investigação criminal abrange, portanto, o poder de externar a configuração criminal dos fatos investigados. Essa atribuição não se exerce exclusivamente quando o IP está concluído (relatado pelo Delegado de Polícia), mas ela é imanente a toda a atividade do Ministério Público de controle externo das investigações (acompanhamento continuado). Ainda assim, é inevitável que a autoridade policial tenha que realizar uma tipificação provisória dos fatos apurados, para direcionar sua atividade: a afirmação da tipicidade da conduta diante da *notitia criminis* para justificar a possibilidade e necessidade de intervenção policial; esclarecer

2 Sobre os contornos do sistema acusatório no Brasil, ver D. C. Ribeiro, 2003, p. 98; E. P. Oliveira, 2009, p. 4-7; Rangel, 2009, p. 47-68; E. C. Silva, 2010; Prado, 2005; Jardim, 2005, p. 189-197. Sobre o sistema acusatório em geral, ver ainda Roxin, 2000, p. 86-87; J. F. Dias, 2004, p. 136-147 e p. 382-393; J. F. Dias, 1986; Gössel, 1996, p. 623-626. Registre-se que, por sistema acusatório, indicamos um arcabouço de garantias ligadas à separação entre as funções de acusar e julgar, e não à identidade com algum outro sistema processual historicamente delimitado (como, v.g., o *adversarial system* anglo-saxão); para uma visão das diferenças histórica, ver M. F. Andrade, 2008, p. 459-463. Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 450-460), o princípio acusatório é um elemento essencial de um sistema garantista, assim entendido como um sistema racional de vedação de arbitrariedades punitivas.

se o crime é uma infração penal de menor potencial ofensivo a justificar mera instauração de TC e concessão de liberdade mediante termo de compromisso de comparecimento em juízo ou se é um crime de maior potencial ofensivo, que exige a lavratura de auto de prisão em flagrante; a avaliação da tipicidade para efeito de concessão de fiança; e, ainda, para a realização do indiciamento, enquanto instrumento administrativo de orientação da atividade investigativa.

Todavia, essa tipificação feita pela autoridade policial ante a *notitia criminis* é marcada pela provisoriedade, ou seja, ela apenas vale até o momento em que o Ministério Público toma conhecimento da apuração criminal, enquanto não houver uma manifestação em sentido contrário pelo Ministério Público³. Se o Ministério Público não se manifesta quanto à tipificação provisória dada pela autoridade policial, é porque com ela concorda, havendo uma verdadeira tipificação ministerial por concordância tácita. Entretanto, a qualquer momento, o Ministério Público pode afirmar que os fatos investigados são diversos daqueles definidos provisoriamente pela autoridade policial e, assim, redirecionar a atividade investigativa. Por exemplo, se o Ministério Público entende, no curso das investigações de um IP, que os fatos configuram infração penal de menor potencial

3 Entendendo que a tipificação feita pela autoridade policial é sempre provisória e não vincula o Ministério Público: STF, 1ª T., RE 497.170, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13 maio 2008, DJE 6 jun. 2008. Na doutrina, também afirmando que a autoridade pode fazer tipificação da conduta, mas que será marcada pela provisoriedade, até manifestação diversa pelo Ministério Público, ver: M. P. Lima, 2008, p.141.

ofensivo, pode fazer a respectiva desclassificação e sobre essa manifestação não poderá opor-se a autoridade policial. Da mesma forma, se a autoridade policial considera uma conduta crime inafiançável, mas o Ministério Público entende que a conduta é outra, afiançável, poderá exarar sua manifestação de *opinio delicti* nos autos e, parece-nos, o juiz não poderá opor-se a essa desclassificação. Ainda, se o Ministério Público entende que os fatos configuram, em tese, crime doloso contra a vida e pretende que a investigação prossiga em relação a este delito, o correto será o Ministério Público exarar sua *opinio delicti* nesse sentido e o juiz acatar tal manifestação, determinando-se a redistribuição dos autos à Vara do Tribunal do Júri, não cabendo ao juiz afirmar, nessa fase preliminar, que provavelmente o Ministério Público e a polícia de investigação não encontrarão informações preliminares para respaldar uma eventual ação penal por crime de homicídio.

2 Papel do Juiz na Tipificação das Condutas na Fase das Investigações

A questão de até onde pode o juiz imiscuir-se na função de definição da tipicidade na fase das investigações é delicada e envolve a consideração dos papéis constitucionais tanto do juiz quanto do Ministério Público nessa fase preliminar. Sendo o Ministério Público o titular da ação penal e o guardião dos interesses *pro societate* e o juiz um garante das liberdades públicas do investigado, parece-nos que, se o Ministério Público entende que é o caso de se desclassificar o fato tipificado provisoriamente pela autoridade policial para um crime menos grave ou retirar

uma qualificadora ou circunstância agravante, não pode o Poder Judiciário obrigar o Ministério Público a exercer uma ação penal por crime mais grave. O máximo que poderá fazer nessa situação será aplicar o instituto do art. 28 do CPP (com todas as possíveis críticas de constitucionalidade desse dispositivo), e remeter à chefia institucional do Ministério Público a decisão final quanto à questão.

Por outro lado, se o Ministério Público afirma a tipicidade de uma conduta (seja concordando com a tipificação provisória da autoridade policial, seja entendendo que se trata de um crime mais grave) e essa tipificação mais gravosa implica imediatamente na submissão do investigado a algum tipo de gravame imediato, parece-nos que, nessa situação, o juiz, na qualidade de fiscal das liberdades públicas, deve analisar se os elementos de informação preliminar permitem já extrair indícios minimamente suficientes da tipificação pleiteada pelo Ministério Público, a justificar a restrição de direitos fundamentais do investigado (com o nível de cognição exigido para cada fase da investigação criminal). Por exemplo, se uma pessoa é presa em flagrante delito por determinado crime, o Ministério Público concorda com a tipificação provisória definida pela autoridade policial e requer ao juiz a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, deve o juiz analisar se as informações preliminares constantes do auto de prisão em flagrante permitem aferir indícios suficientes da tipicidade de um crime que justifica a decretação da prisão preventiva. Nessa situação, se o juiz entender que não há provas

investigativas naquele momento de que o fato configure o crime de tipificação indicada pelo Ministério Público, mas, por exemplo, uma infração penal de menor potencial ofensivo (ou eventualmente considere atípica a conduta), ele deverá determinar o relaxamento da prisão, nos termos do art. 310, I, do CPP, sem prejuízo de que posteriormente o Ministério Público reúna os elementos de informação preliminar suficientes a justificar a sustentação da tipificação inicialmente pretendida. Da mesma forma, se há requerimento de uma medida cautelar penal, como busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica ou quebra de sigilos constitucionalmente qualificados, deve o juiz analisar se o requerimento do Ministério Público está instruído com elementos de informação que forneçam indícios minimamente suficientes da prática dos crimes referidos, podendo indeferir o pedido, sem prejuízo de sua reiteração caso surjam novos indícios a justificá-lo⁴. Enquanto os indícios necessários para sustentar a prisão preventiva serão de elevada probabilidade, os requisitos para uma medida de investigação serão mais diminutos, de mera possibilidade minimamente respaldada, já que o objetivo da medida de investigação é exatamente comprovar esse conjunto de indícios investigativos.

Nessa situação, ainda que indeferido o pedido do Ministério Público de uma medida cautelar investigativa, se ele pretende continuar investigando o crime mais grave, não nos parece

4 Nesse sentido: STF, Pleno, QO-Pet 577, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25 mar. 1992, DJ 23 abr. 1993, p. 6918.

adequado ao juiz se manifestar imediatamente pelo declínio de competência para o Juizado Especial Criminal (ou para uma outra Vara especializada), mas deverá aguardar que o Ministério Público reúna os elementos de informação preliminar aptos a justificar sua pretensão acusatória. Isso porque, nessa fase, o Ministério Público pretende ver investigado um crime mais grave (uma verdadeira “pretensão investigativa” a delimitar a competência jurisdicional). Portanto, a definição da tipicidade na fase das investigações também é relevante para se aferir a competência do Juízo perante o qual o IP deverá tramitar (já que no Brasil ainda há, em diversos Estados, esse malfadado sistema de tramitação triangular nas investigações): se o fato ainda está sendo objeto de esclarecimento, deverá o juiz aguardar que o Ministério Público finalize sua *opinio delicti*, permitindo a continuidade das investigações. Em síntese, cabe ao Ministério Público e não ao juiz definir qual é o fato típico (em tese) que ele pretende ver investigado. Excepcionalmente, se a materialidade do fato já está definida e o Ministério Público procura avançar nas investigações para esclarecer tão somente a autoria, nessa situação parece-nos razoável que o juiz inste o Ministério Público a pronunciar-se sobre a tipicidade da conduta, de forma a posteriormente aferir sua competência para continuar na investigação. A questão será decidida com o esclarecimento, pelo Ministério Público, de quais fatos em tese ele ainda pretende continuar investigando. O sistema acusatório não permite ao juiz adiantar-se ao Ministério Público na formação da *opinio delicti*, determinando certa tolerância na

continuidade das investigações para se reunir a prova do fato que em tese o Ministério Público entende ter ocorrido⁵.

Esse problema da competência judicial para apreciar promoção de arquivamento acaba sendo uma disfunção no sistema brasileiro, pois se trata de uma competência para apreciar o não exercício da jurisdição diante de um fato que se entende ou não configurar crime, ou não haver prova de sua materialidade ou autoria. Portanto, qual juiz é competente para dizer que um fato não ocorreu? Melhor seria a questão ser decidida internamente no âmbito do Ministério Público. Enquanto o problema não se soluciona mediante uma reforma legislativa, parece-nos que a solução do problema específico da competência se faz pela

5 Nesse sentido, ver decisão do STF: “Direito processual penal. Formação da *opinio delicti*. Art. 129, I, CF. Atribuição exclusiva do Ministério Público. Recurso extraordinário interposto contra acórdãos do TRF 3ª Região que reconheceram a incompetência recursal daquela Corte, determinando a remessa dos autos à turma recursal do sistema dos juizados especiais federais. Art. 129, I, da Constituição, atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a função de promover a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação ou requisição) e, para tanto, é necessária a formação da *opinio delicti*. Ainda que haja indicação, por parte da autoridade policial, de dispositivos legais, apenas o órgão de atuação do Ministério Público detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal. Possibilidade de os fatos sob investigação serem capitulados nos arts. 40 e 48 da Lei 9.605/1998, a caracterizar a competência do juízo da vara federal especializada em matéria penal, e não a competência dos juizados especiais criminais. Tal conclusão somente poderá ser alcançada após a formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, não podendo o órgão do Poder Judiciário federal assumir atribuição que não lhe pertence constitucionalmente”; STF, 2ª T., RE 498.261, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17 jun. 2008, DJE 1 ago. 2008. Ver ainda: “Contraria o disposto no art. 129, I, da CF a decisão judicial, que em fase anterior à própria demanda, cerceia a titularidade do Ministério Público, definindo, em caráter terminativo, a competência do Juízo, só perante o qual poderá ser promovida a ação penal”; STF, 1ª T., RE 222.283, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24 mar. 1998, DJ 8 maio 1998. No mesmo sentido: STF, 2ª T., RE 540.597, rel. Min. Ellen Gracie, 17 jun. 2008, DJE 1 ago. 2008.

análise de qual fato investigado se afasta: a competência para homologar promoção de arquivamento diante de uma situação potencialmente controvertida que analisa a inexistência de interesse da União é do juiz federal, a competência para dizer que não se trata de crime militar é da Justiça Militar, a competência para promover arquivamento de crime doloso contra a vida numa situação potencialmente controvertida é do juiz da Vara do Tribunal do Júri; ou seja, a competência para apreciar a promoção de arquivamento se dá pela qualificação jurídica inicial da *notitia criminis*, que indicou qual era o fato que se imaginava estar investigando (o que se torna muito mais complexo quando, *ab initio*, o fato estava “em apuração”, ou seja, sequer se sabia qual será a possível tipificação criminal da conduta).

De qualquer sorte, em nenhuma situação haverá conflito de atribuições entre o Ministério Público e a autoridade policial no que tange à definição da tipicidade das condutas investigadas e especialmente de individualização do sujeito passivo da persecução penal. Vejamos.

3 O Papel do Delegado de Polícia na Tipificação Provisória dos Fatos na Fase das Investigações Criminais

Provavelmente, o palco para a maioria dos possíveis conflitos nessa área será no ato do indiciamento⁶. Antes de adentrarmos na

6 Para uma visão crítica do indiciamento no sistema brasileiro, ver: Lopes Jr., 2003, p. 291-308; Choukr, 2001, p. 165-178; S.R. Souza e W. Silva, 2010, p. 81-85. Para uma visão mais antiga, que já indicava quanto à necessidade de prévia manifestação do Ministério Público, ver G. S. A. Souza, 1992. Como já citado, advogando que é uma violação ao sistema acusatório a polícia realizar indiciamento: E. C.

análise do problema no sistema brasileiro, convém realizar uma breve incursão sobre a configuração do indiciamento em alguns outros países.

Em Portugal, a figura do indiciamento corresponde à da “constituição de arguido”, prevista no art. 58 do CPP português, que pode ser feita tanto por órgão de polícia criminal quanto pelo Ministério Público; todavia, após reforma feita pela Lei nº 48/2007, quando essa constituição de arguido é feita pelo órgão de polícia criminal, ela deverá ser comunicada ao Ministério Público no prazo de 10 dias, para a respectiva convalidação no prazo de 10 dias, sob pena de, já havendo fundadas suspeitas sobre determinada pessoa e sendo ela ouvida sem sua constituição como arguido, haver uma nulidade relativa ante a violação do direito ao silêncio (sanável pela posterior autorização de uso das informações pelo investigado); tanto que, se durante a oitiva de uma testemunha surgirem indícios de que ela é a suspeita do crime, o depoimento deverá ser imediatamente suspenso, ela deverá ser constituída como arguida, e a oitiva prosseguirá com seu interrogatório, cf. art. 59 do CPP português⁷. Já na Espanha, o estágio de investigado (imputado) é um mero estado de fato de recair sobre determinada pessoa as suspeitas da prática de um crime, o que já lhe atribui um gama de direitos (art. 118.I

Silva, 2010, p. 122.

7 Sobre o tema, conferir: P. P. Albuquerque, 2009, p. 170-175; Código de processo penal: comentários e notas práticas (Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto), 2009, p. 131-139; M. L. M. Gonçalves, 2009, p. 185.

da LECrim)⁸; já o ato formal de esclarecer que uma determina pessoa é a investigada (*auto declarando persona procesada*) é feito pelo juiz de instrução (art. 384.1 da LECrim), entendendo a jurisprudência espanhola que ele deve ocorrer sempre que já estiverem presentes indícios razoáveis contra determinada pessoa; o indiciamento tem lá a finalidade de já permitir o exercício de alguns direitos pelo investigado, conforme o art. 384.2 da LECrim (Espanha, STS 7 dez. 1984; ver ainda Moreno Catena e Cortéz Dominguez, 2008, p. 211-218).

Na França, Itália e Alemanha, não há um ato formal de declaração de indiciamento, o que existe é que, antes do interrogatório, há uma obrigação de informar ao inquirido que ele é ouvido na qualidade de suspeito da prática do crime, indicando-se os fatos e esclarecendo-se-lhe seus direitos na qualidade de investigado. Assim, na França, não há ato de indiciamento realizado pela polícia, havendo apenas a regra de que se uma pessoa for ouvida na qualidade de suspeito na fase da *enquête preliminaire* (conduzida pela polícia sob supervisão do Ministério Público), deve ser informada de seu direito ao silêncio. Há regras de controle mais rígidas para o interrogatório policial no caso de prisão em flagrante (ver o art. 63-4.4 do CPP francês). A atribuição formal da qualidade de indiciado (*mise en examen*) é feita no curso da instrução pelo juiz de instrução; mas se sobre uma pessoa já recaem fundadas suspeitas (ainda não inteiramente confirmadas),

8 Sobre o tema, ver Oliva Santos et al., 2007, p. 161-162. Ver ainda o precedente espanhol da STC135/1989.

ela deve ser ouvida como “testemunha assistida” (*témoïn assisté*), tendo os mesmos direitos do indiciado (art. 152 do CPP francês)⁹. Na Itália, não há um ato formal de estabelecimento do indiciado, mas o art. 65 do CPP italiano estabelece que antes de proceder à realização do interrogatório, o qual será sempre assistido pelo advogado, deve-se dar conhecimento do investigado dos fatos pelos quais está sendo investigado e de seu direito ao silêncio, sob pena de *inuzzabilità* das informações colhidas. A polícia apenas pode realizar entrevista do suspeito solto (não preso), a qual é denominada de *sommario informazione* (CPP italiano, art. 350.1) e mesmo assim será obrigatória a presença de advogado. Há controvérsia se seria também necessária a prévia comunicação dos fatos ao investigado no âmbito da entrevista policial (D’AMBROSIO E VIGNA, 2003, p. 234) ou se seria apenas para o interrogatório perante o Ministério Público (LUPÁRIA, 2009, p. 205). Na Alemanha, antes do início do primeiro interrogatório (*ersten Vernehmung*) do suspeito pela polícia, ele deve ser informado dos fatos de que é suspeito de ter praticado e dos direitos que possui enquanto investigado (§ 163a.4 c/c § 136.1 da StPO), e a violação dessa obrigação também gera a proibição de utilização das informações (ROXIN, 2000, p. 211). Portanto, nesses últimos países descritos, a qualidade de indiciado deriva não de um ato formal, mas de sua posição fática nas investigações (pessoa contra quem recaem os indícios), o que já lhe atribui os direitos respectivos de indiciado.

9 Ver por todos Guinchard e Buisson, 2009, p. 512, 570 e 877.

Em todos esses países europeus, o indiciamento formal é um ato realizado pelo titular da ação penal ou pelo juiz de instrução, sem prejuízo de que, em determinadas situações, a polícia se adiante numa definição provisória da qualidade de investigado para permitir-lhe o exercício de seus direitos, definição esta sempre passível de revisão pelo Ministério Público. Parece-nos que o controle pelo Ministério Público do indiciamento feito pela polícia, conforme o sistema português, é o mais adequado ao sistema acusatório e à maximização do direito de defesa já na fase das investigações.

No Brasil, parece-nos que não configura uma invasão da titularidade privativa do Ministério Público a possibilidade de a autoridade policial realizar o indiciamento de uma pessoa, indicando de forma objetiva que os indícios da prática do crime recaem sobre determinada pessoa. Há entendimento antigo de que seria uma inversão processual exigir que o indiciamento tivesse prévia manifestação do Ministério Público (ou seja, a polícia judiciária possui legitimidade para realizar diretamente o indiciamento): STJ, 5ª T., RHC 4.461/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, j. 19 abr. 1995, DJ 15 maio 1995, p. 13417. Todavia, essa manifestação será sempre marcada pela precariedade. Assim, se o Ministério Público discorda da tipicidade provisória feita pela autoridade policial, ele exara uma manifestação processual definindo sua *opinio delicti* (no âmbito dessa fase processual) e a investigação prosseguirá sob essa tipificação. Essa hipótese de eventual desacordo do Ministério Público

com o indiciamento policial apenas pode ter lugar no caso de o Ministério Público verificar que já há indícios iniciais contra uma pessoa, mas requisitar a continuidade das investigações, indicando novas diligências, por fato diverso do inicialmente vislumbrado pela autoridade policial. Isso porque, se o Ministério Público promove o arquivamento total da investigação, a questão perde objeto, e se ele já promove imediatamente a ação penal, também não há qualquer utilidade processual em se requisitar o indiciamento. Há jurisprudência pacífica do STJ de que a requisição ministerial de indiciamento após o recebimento da denúncia é um constrangimento ilegal desnecessário, pois a denúncia é obviamente mais grave que o indiciamento, indicando o caráter instrumental entre o indiciamento (indicação do risco de ser futuramente acusado) e a acusação em si¹⁰.

Nessa situação de o Ministério Público requisitar novas diligências e indicar quem entende ser o suspeito, o Ministério Público deve esclarecer: “O Ministério Público entende que os fatos investigados provavelmente ocorreram da forma A e não da forma B. O Ministério Público entende que o fato A configura

10 Assim, o STJ entende que o IP é direcionado à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e que seria desnecessário indiciamento após o oferecimento da denúncia: STJ, 5ª T., HC 78.984/SP, rel. Ministro Jorge Mussi, j. 26 out. 2010, DJE 13 dez. 2010; STJ, 5ª T., HC 61.033/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 8 nov. 2007, DJ 17 dez. 2007, p. 235. Esses julgados também evidenciam como o indiciamento é muitas vezes utilizado como mero instrumento de estigmatização social, sem qualquer outro resultado prático, já que a única finalidade do indiciamento seria que constasse da certidão de antecedentes criminais (normalmente para fins empregatícios) que a pessoa é investigada em inquérito policial. Sobre a impossibilidade de difundir essa informação relativa a IP's em andamento, ver STJ, 6ª T., MS 5.195/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 17 out. 1995, DJ 6 maio 1996, p. 14477.

o crime X e não o crime Y. O Ministério Público entende que o suspeito da prática do fato A é a pessoa α e não a pessoa β . Prossegue-se na investigação do fato A pela pessoa α configurando o crime X. O Ministério Público requisita à polícia a realização de tais e tais diligências”. E como toda manifestação ministerial, deve ser fundamentada (ainda que de forma concisa) nas razões que justificam uma tipificação ou não outra aparentemente possível, cf. art. 129, VIII, da CRFB/1988. Ainda que a autoridade policial entenda que o fato A configura o crime Y, não cabe discordância, pois a *opinio delicti* pertence ao *dominus litis*.

Uma interpretação conforme a Constituição do instituto do indiciamento, à luz do sistema acusatório, deveria concluir que o indiciamento é já uma acusação preliminar, uma imputação provisória de fatos a uma determinada pessoa investigada, com a finalidade de delimitar o sujeito passivo da investigação e os fatos investigados, com o escopo central de definir sua titularidade de direitos como formalmente investigado (direito ao silêncio, à vista dos autos mediante advogado, à impetração de *habeas corpus* na hipótese de arbitrariedade tendente à restrição de seu direito de liberdade, de formular requerimentos de diligências investigativas, de participar das perícias etc)¹¹. Assim, sendo um esboço de acusação preliminar (ainda provisória, sujeita ao desenrolar das investigações, mas já uma imputação da prática de fatos penalmente relevantes), essa acusação deveria (num

11 Na visão do TEDH, o indiciamento equivale a um ato de acusação (TEDH, *Serves vs. França*, 20 out. 1997). Sobre o estatuto de direitos do investigado, ver considerações críticas em Guinchard e Buisson, 2009, p. 648-651.

sistema mais aperfeiçoado que o atual) ser privativa do Ministério Público. Essa já era a posição de G. S. A. Souza (1992), pois se é o Ministério Público quem define a probabilidade de uma pessoa ser acusada em juízo, ele deveria também ter esse poder de individualizar tais fatos na fase investigativa. No mínimo, a tipificação provisória feita pela autoridade policial deveria ser submetida a uma obrigatória e explícita revisão pelo Ministério Público, concretizando-se por ambos o princípio da fundamentação sobre as decisões administrativas¹².

Isso porque o CPP não regulamenta explicitamente o indiciamento, ele apenas pressupõe que ele existe; poder-se-ia dizer que o indiciamento, conforme a estrita regulamentação do CPP, é um estado da investigação que até mesmo prescindiria de declaração formal: se alguém está sendo investigada pela polícia ela é materialmente indiciada, ainda que formalmente não o tenha sido¹³. A possibilidade de o Ministério Público requisitar o indiciamento de uma pessoa está implícita no art. 5º, § 1º, “b”, do CPP, quando fala que a requisição de instauração de IP

12 Sobre a relevância da fundamentação do ato de indiciamento, ver Choukr, 2001, p.179 et seq; S. R. Souza e W. Silva, 2010, p. 83-84.

13 Nesse sentido, afirma J.F. Marques, (2009, v.2, p.49): “a pessoa suspeita da prática do crime passa a figurar como *indiciado* a partir do momento em que se instaura o inquérito policial”, virtualmente identificando o indiciado com a pessoa suspeita da prática do crime, independentemente de ato formal para essa declaração. Em sentido semelhante: Tourinho Filho, 2010, v.1, p. 266. Vale destacar a definição de indiciamento de Sérgio Sobrinho (2003, p.101): “ele pode ser considerado como um juízo de valor preliminar e precário, realizado de ofício pela autoridade policial ou mediante atendimento de requisição (promotor de justiça, juiz ou tribunal), cujo efeito é o apontamento provisório de um sujeito como provável autor de uma infração penal mediante reunião de elementos de prova fundamentadores desta conclusão”.

pelo Ministério Público deverá já contar com a individualização do indiciado, se tal for possível, ou seja, segundo o CPP já há um indiciado no ato da requisição de instauração de IP pelo Ministério Público. Em seguida, o CPP menciona, em seu art. 6º, V, que a autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, deverá ouvir o indiciado, ordenar sua identificação e averiguar sua vida pregressa, ficando novamente implícito que, se alguém é o suspeito do crime e foi interrogado pelos fatos em apuração ou foi identificado criminalmente, ele é materialmente um indiciado (ainda que o indiciamento não se confunda com o interrogatório ou a identificação criminal, mas seja uma ato logicamente anterior)¹⁴. Se uma pessoa é presa em flagrante delito, ela é automaticamente colocada na posição de indiciado com o recebimento da nota de culpa, conforme o art. 306 do CPP. Nesse sentido, indiciado é quase que sinônimo de investigado.

O CPP não prevê um ato formal de indiciamento. Todavia, a prática administrativa policial acabou por sedimentar que o indiciamento se realiza por um ato formal do Delegado de Polícia, até mesmo porque as demais diligências investigativas relativas ao investigado necessitam que se tenha esclarecido quem é o investigado, sendo conveniente que esse esclarecimento se dê por um ato formal, inclusive para deixar claro seus direitos enquanto

14 Daí porque Lopes Jr. (2003, p.302) afirma que, na falta de um ato formal de indiciamento, o interrogatório policial deve ser considerado como o ponto chave para o nascimento da situação de indiciado. Sobre a confusão entre indiciamento em identificação criminal, ver Choukr, 2001, p. 176-178.

investigado. Essa praxe criou um verdadeiro direito processual consuetudinário, de que o indiciamento se realiza mediante um ato formal do Delegado de Polícia¹⁵. A não participação ordinária do Ministério Público nesse ato é explicada pela omissão histórica do Ministério Público brasileiro de acompanhar de forma efetiva as investigações, colocando-se ele mesmo numa posição de mero receptor das informações produzidas pela Polícia. Todavia, esse paradigma alterou-se brutalmente com o advento da CRFB/1988, em especial com previsão da promoção privativa da ação penal e do controle externo da atividade policial, ambos pelo Ministério Público. Assim, essa praxe deve ser revista à luz dos valores constitucionais. E cabe especialmente ao Ministério Público assumir essa responsabilidade de exercer o controle externo sobre a direção da investigação criminal, à luz de seu futuro exercício da ação penal.

A jurisprudência mais antiga do STF entendia que era admissível o Ministério Público formular à autoridade policial requisição de indiciamento de determinada pessoa, a qual estaria implícita na possibilidade de formular requisição de instauração de IP¹⁶. Inclusive, a jurisprudência mais recente subordinou o

15 A posição doutrinária de que o indiciamento é ato privativo da autoridade policial pode ser remetida a Pitombo, 1983.

16 Há decisões antigas do STF no sentido de que, se o Ministério Público requisita à autoridade policial o indiciamento de determinada pessoa, ainda no curso das investigações, tal fato não configuraria por si só uma coação arbitrária: STF, 2ª T., RHC 49630, rel. Min. Eloy da Rocha, j. 7 abr. 1972, DJ 5 jun. 1972; STF, 2ª T., RHC 58143, rel. Min. Décio Miranda, j. 12 set. 1980, DJ 24 out. 1980, p. 8605. Outro precedente afirma que o Ministério Público pode requisitar o indiciamento, mas não pode impedir que a autoridade policial o realize: STF, 1ª T., RHC 61454,

indiciamento a ato do Ministério Público no caso das ações penais originárias de Tribunal, nas quais a própria abertura de inquérito (com o respectivo indiciamento) está subordinada a uma manifestação do Ministério Público endereçada ao relator perante o Tribunal¹⁷. Também há jurisprudência do STJ que entende que, se o Ministério Público requisita a realização de indiciamento e há indícios a respaldá-lo, ele deve ser realizado pela autoridade policial¹⁸.

Entendemos que a questão deve ser solucionada com a eficácia imediata da manifestação do Ministério Público. Se o Ministério Público entende que o fato investigado é o fato A, praticado por α , e que configura o crime X, essa manifestação já possui eficácia imediata, substitutiva da tipificação provisória feita pela autoridade policial. Não é necessário requisitar o indiciamento ou sua alteração à autoridade policial. Nessa situação, ainda que o Ministério Público requirite o indiciamento pelo fato X e a autoridade policial mantenha o indiciamento pelo fato Y, materialmente o investigado estará sendo investigado pelo fato X, pois o titular da ação penal e da *opinio delicti* assim o entende.

rel. Min. Soares Munoz, j. 30 mar. 1984, DJ 27 abr. 1984, p. 6255.

17 Nesse sentido: STF, Pleno, QO-Pet 3825, rel. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 10 out. 2007, DJe 3 abr. 2008. Nesse caso, a autoridade policial iniciou de ofício IP contra Senador, já indiciando-o de plano, sendo que o Ministério Público entendeu que desde o início não havia provas suficientes para o indiciamento, pelo que o STF determinou a anulação do indiciamento. Em sentido semelhante, ver: STJ, Apn .290/PR, rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 16 mar. 2005, DJ 26 set. 2005, p. 159.

18 STJ, 5ª T., RHC 17.038/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15 mar. 2005, DJ 9 maio 2005, p. 434. Em sentido semelhante, ver Sérgio Sobrinho, 2003, p. 101.

Ainda que o Ministério Público entenda que praticaram o fato as pessoas α e β , e a autoridade policial entenda que foi apenas a pessoa α , a pessoa β estará sendo materialmente investigada pelo crime. O esclarecimento de quais fatos o Ministério Público pretende exercer sua ação penal é relevante para já se esclarecer ao investigado qual é o risco a que está submetido (o risco de ser processado pelos fatos que o Ministério Público, titular da ação penal, entende viáveis). Quem estabelece, na fase das investigações, quem está sob o risco de ser futuramente processado e por quais fatos há o risco de ser processado é quem detém o poder de processar. De nada adianta a autoridade policial indiciar o suspeito por um crime menos grave, e interrogá-lo apenas em relação a esses fatos, se o Ministério Público já vislumbra que provavelmente irá processar o suspeito por outro crime mais grave: nessa situação, o indiciamento pela autoridade policial seria um verdadeiro engodo ao investigado, subtraindo-lhe a possibilidade de defender-se de forma mais ampla dos outros fatos que provavelmente responderá. É uma questão de boa-fé processual permitir ao indiciado, antes da realização de seu interrogatório, saber que está sendo ouvido já na condição de um suspeito da prática do crime, esclarecendo-lhe de quais fatos ele é considerado suspeito, ou seja, qual é a provável acusação que o Ministério Público pretende exercer contra si, para poder dela defender-se de forma adequada em seu interrogatório, ainda na fase das investigações e, especialmente, para assegurar-lhe o

direito constitucional ao silêncio em seu interrogatório¹⁹. Assim, o ato de indiciamento deve ser visto como um protótipo da provável acusação, um esclarecimento que determinada pessoa provavelmente é um futuro réu (ainda que nem todos os indiciados se tornem réus), um ato destinado a permitir numa verdadeira aplicação antecipada do princípio da ampla defesa já na fase das investigações (na perspectiva de que o interrogatório é um ato de contraditório antecipado).

Também entendemos que essa manifestação do Ministério Público não precisa ser rotulada como o indiciamento, ainda que tenha funcionalmente os mesmos efeitos: individualização da pessoa investigada e dos fatos de que é suspeita, esclarecimento da tipificação provisória dos fatos no âmbito das investigações, conferindo-se, assim, certeza à sua esfera de direitos enquanto sujeito passivo da investigação. No sistema atual, essa manifestação do Ministério Público deriva da prerrogativa que ele possui de indicar quem é o indiciado, prevista no art. 5, § 1º, II, do CPP, interpretada à luz do sistema constitucional acusatório. Assim

19 Nesse sentido: Lopes Jr., 2003, p. 299. O interrogatório, visto enquanto instrumento de defesa, exige essa perspectiva. Obviamente, se o suspeito não é conhecido e ainda é ouvido como testemunha (envolvido), essa comunicação é faticamente impossível, mas a partir do instante em que os indícios passam a convergir sobre determinada pessoa, o direito à ampla defesa, em sua perspectiva antecipada na fase das investigações, exige que haja uma comunicação ao suspeito dessa sua situação de “pessoa sobre quem convergem os indícios”, ou seja, de indiciado, inclusive o direito de ter acesso aos autos para conhecer as informações preliminares que existem contra si. Sobre o direito à informação enquanto integrante da ampla defesa (mas analisando o tema apenas no âmbito da ação penal), ver Tucci, 2004, p. 178. Sobre o indiciamento como um “rascunho de eventual acusação”, ver Pitombo, 1983.

se a autoridade policial entende que os fatos são menos graves e o Ministério Público entende que os fatos são mais graves, o correto seria o Ministério Público exarar sua manifestação e em seguida a autoridade policial realizar o respectivo indiciamento²⁰; todavia, ainda que não ocorra esse indiciamento formal, a investigação deverá materialmente prosseguir pelos fatos mais graves, e o investigado deverá ter assegurados todos os direitos de investigado por esses fatos.

A bem da verdade, o correto seria o Ministério Público exarar seu esclarecimento sobre quais são os fatos investigados, quem é o suspeito, e qual é a qualificação jurídica da *notitia criminis*, e essa manifestação já valer como a definição de indiciamento, sem necessidade de requisição de tal providência à autoridade policial. Quando o Ministério Público requisita o indiciamento e a autoridade policial se nega a realizá-lo, ao argumento de que quem preside exclusivamente o IP é o Delegado de Polícia, cria-se uma situação de disfunção desnecessária, pois basta ao Ministério Público exarar qual é a sua manifestação sobre o caso, e tudo o que passar disso configurará excesso impugnável pela defesa. Há vasta jurisprudência sobre a não vinculação do Ministério Público às conclusões provisórias do Delegado de Polícia. Conferir:

20 Nucci (2008, p. 92) entende que não cabe ao Ministério Público requisitar à autoridade policial o indiciamento, pois isso equivaleria a obrigar a autoridade policial a concordar com o entendimento do Ministério Público. Todavia, de forma contraditória, afirma em seguida que o Ministério Público pode denunciar quem não está indiciado, requisitando sua qualificação e outras diligências pertinentes, o que tem termos práticos significa que o Delegado de Polícia está obrigado a investigar o que o Ministério Público requisitar, criando-se faticamente uma situação de o Ministério Público individualizar o indiciado.

O inquérito policial é peça meramente informativa, com a única função de fornecer os elementos de convicção necessários à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal. Assim, o Ministério Público, por ser o *dominus litis*, não está adstrito às conclusões da Autoridade Policial, podendo buscar quaisquer outros elementos idôneos para exercer seu mister e, entendendo que os indícios de autoria são suficientes, oferecer a denúncia. (STJ, 5ª T., RHC 19.965/RS, rel. Min Laurita Vaz, j. 27 mar. 2008, DJe 22 abr. 2008).

Para fim de instauração de ação penal, mostra-se irrelevante a divergência entre o tipo legal constante do indiciamento pela autoridade policial e aquele lançado pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, uma vez que este é o detentor da titularidade da ação penal pública (*dominus litis*). (STJ, 5ª T., HC 74.467/MG, rel. Min. Felix Fischer, j. 19 abr. 2007, DJ 4 jun. 2007, p. 412).

A adequação típica, atribuída pelo Delegado de Polícia, em fase de inquérito policial, não impede que o Ministério Público, verdadeiro *dominus litis*, vislumbre outras condutas delituosas. (STJ, 5ª T., HC 26.920/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 4 mar. 2004, DJ 3 maio 2004, p. 188).

Aliás, mesmo quando a autoridade policial ou o Ministério Público não tenham ainda afirmado expressamente que determinada pessoa é a suspeita do crime, se ela for ouvida como uma testemunha, mas for um possível suspeito da prática do crime, ela já gozará dos direitos de indiciado, dentre os quais a dispensa de assinatura de termo de compromisso ante o seu direito constitucional ao silêncio, bem como o de fazer-se

acompanhar de defensor²¹. Mesmo que a autoridade policial não cumpra uma requisição de indiciamento, o que jamais se admite é que a autoridade policial se recuse a cumprir as diligências de investigação requisitadas pelo Ministério Público em relação aos fatos ou às pessoas por ele indicadas.

Mas se o Ministério Público entende que os fatos são menos graves que os apontados pela autoridade policial, ou que determinada pessoa deve ser excluída das investigações, a manifestação do Ministério Público cria automaticamente uma situação de ilegitimidade para o anterior indiciamento, pois o titular da ação penal afirma desde já que não há indícios suficientes de determinado fato, ou contra determinada pessoa, ou que os fatos cujos indícios estão presentes configura infração

21 Nesse sentido: “O privilégio contra a autoincriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. - O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. [...]” (STF, Pleno, HC 79812, rel. Min. Celso de Mello, j. 8 nov. 2000, DJ 16 fev. 2001, p. 21). Em sentido semelhante, ver ainda: STF, Pleno, HC 100200, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8 abr. 2010, DJe-159 26 ago. 2010; STF, Pleno, HC 80584, rel. Min. Néri da Silveira, 8 mar. 2001, DJ 6 abr. 2001, p. 69. Sobre os direitos do indiciado, ver Lopes Jr., 2003, p. 302-308; Choukr, 2001, p. 29-42. Tais autores ainda preconizam que o indiciamento deveria também ter como objeto, *de lege ferenda*, estabelecer alguma limitação temporal para a conclusão das investigações. Para uma visão comparada dos diversos direitos e deveres do investigado, ver a regulamentação do art. 61 do CPP português.

penal diversa da que consta do indiciamento. Nessa situação, há que se aplicar o entendimento jurisprudencial de que, se o indiciamento não se sustenta em indícios suficientes, há uma lesão aos interesses do investigado a justificar a anulação judicial do ato de indiciamento²². Assim, se o titular da ação penal já exara uma *opinio delicti* menos gravosa que a tipificação provisória feita pela autoridade policial, cabe ao juiz determinar a anulação do indiciamento anterior, sob pena de haver constrangimento ilegal; e se o juiz indeferir tal anulação, caberá *habeas corpus*²³. *De lege ferenda*, o correto seria o Ministério Público poder determinar diretamente o “desindiciamento”, ou a correção do indiciamento.

A bem da verdade, a utilização do indiciamento pela autoridade policial em situação em que o Ministério Público não concorda com o indiciamento privilegia apenas o uso do indiciamento enquanto instrumento de estigmatização social,

22 Nesse sentido, admitindo a anulação do indiciamento por evidente falta de provas suficientes: STF, 2ª T., HC 85541, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22 abr. 2008, DJe-157 21 ago. 2008; STJ, 6ª T., HC 43.599/SP, rel. Min. Paulo Medina, j. 9 dez. 2005, DJe 4 ago. 2008. Em sentido contrário, entendendo que o simples indiciamento não configura constrangimento impugnável pela via do *habeas corpus*: STF, 2ª T., RHC 86314, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11 out. 2005, DJ 28 out. 2005, p. 61. Indicando que se a falta de provas para o indiciamento não é evidente não haverá constrangimento ilegal: STF, 1ª T., HC 86149, rel. Min. Eros Grau, j. 6 set. 2005, DJ 7 out. 2005, p. 27. Limitando a possibilidade de anulação do indiciamento apenas aos casos de atipicidade manifesta: STF, 2ª T., RHC 62468, rel. Min. Moreira Alves, j. 16 nov. 1984, DJ 12 abr. 1985, p. 4932.

23 É questionável em nível doutrinário a admissibilidade de *habeas corpus* contra ato de indiciamento, com seu rito mais expedito, já que ele não permite diretamente uma restrição à liberdade, ou se o mais correto seria a utilização de outro instrumento de impugnação. Todavia, de forma geral, o STJ tem admitido o *habeas corpus* para tal finalidade, em casos de atipicidade manifesta. Ver ainda, além dos acima citados: STJ, 5ª T., RHC 30.676/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 26 jun. 2012, DJe 1 ago. 2012.

um instrumento de poder simbólico à disposição da autoridade policial sem o respectivo respaldo de quem é titular do direito de promover a ação penal decorrente da investigação (CHOUKR, 2001, p. 166).

Registre-se, finalmente, que a incursão pela autoridade policial na tipicidade da conduta deve ser sempre formal, sem avançar em demasia sobre questões controvertidas, as quais devem ser apreciadas em primeira linha pelo *dominus litis*. Assim, por exemplo, há farta doutrina nacional no sentido de que a autoridade policial não deve ingressar na discussão aprofundada sobre a tipicidade da conduta no âmbito de seu relatório conclusivo do IP, o qual deve se limitar a indicar as diligências realizadas, e eventualmente indicar outros pontos de relevo da investigação²⁴.

24 Conferir várias posições sobre o tema: “Assim, a direção do inquérito policial é única e exclusivamente à apuração das infrações penais. Não deve a autoridade policial emitir qualquer juízo de valor quando da elaboração de seu relatório conclusivo. Há relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias ou sentenças. É o ranço do inquisitorialismo no seio policial” (RANGEL, 2009, p. 91). “Encerradas as investigações, não podendo a polícia judiciária emitir qualquer juízo de valor – a não ser aquele meramente opinativo do relatório de encerramento do procedimento (art. 10, §§ 1º e 2º, CPP) – acerca dos fatos e do direito a eles aplicável, isto é, a respeito de eventual ocorrência de prescrição ou de qualquer outra causa extintiva da punibilidade, bem como acerca da suficiência ou insuficiência da prova, da existência ou inexistência de crime, os autos de inquérito deverão ser encaminhados ao Ministério Público [...]” (OLIVEIRA, 2009, p. 50-51). “Relatar o inquérito significa descrever todas as diligências realizadas na apuração, se abstendo o delegado de emitir juízos de valor ou opiniões pessoais sobre o fato típico, salvo impressões acerca das diligências investigatórias, sendo imprópria a realização de abordagem doutrinária ou jurisprudencial sobre o fato apurado, já que esta função caberá às partes do processo, mormente ao promotor a quem incumbe a *opinio delicti*” (LIMA, 2008, p. 141). “Efetivamente, o valor do relatório policial, num sistema que fosse aderente à CR e à CADH deve ser mínimo, na medida em que a capitulação jurídica cabe ao titular da ação penal (RT 738/633) e sua ausência, se tanto, configura mera irregularidade administrativa (JTJ 122/554)”

4 Considerações Finais

O presente estudo procura esclarecer que o fato de o Ministério Público ter a titularidade da ação penal e ser o responsável pelo controle externo da atividade policial já lhe atribui, diretamente da Constituição, o poder de fiscalizar continuamente a atividade policial visando ao bom exercício de sua futura ação penal, o que implica no poder de realizar a definição jurídica dos fatos submetidos à investigação criminal. Eventuais incursões do juiz na tipificação da conduta, na fase das investigações criminais, apenas seriam admissíveis caso uma tipificação mais gravosa já configure por si mesma uma restrição de direitos do investigado, devendo ser tolerante na continuidade da investigação de fatos ainda não comprovados. A autoridade policial pode realizar tipificações provisórias no curso das investigações, mas elas estarão sempre sujeitas à posterior alteração pelo Ministério Público. Não há faticamente conflito de atribuições entre Polícia e Ministério Público quanto à tipificação da conduta investigada, pois a manifestação do Ministério Público sempre prevalece sobre a da autoridade policial, por ser ele o titular do poder de definição jurídica final dos fatos investigados.

(CHOUKR, 2009, p. 67). “É natural que, determinando a lei que o relatório seja feito, a autoridade policial deve prezar a sua função, concretizando-o, o que não impede, em absoluto, se o fizer de modo resumido e inadequado, o prosseguimento do feito. Aliás, é o mais adequado, pois não tem nenhuma utilidade probatória para a instrução do processo, destinando-se o relatório ao esclarecimento do promotor acerca do que foi feito pelo Estado-investigação” (NUCCI, 2008, p.102).

Title: The Power of Defining the Criminal Qualification of the Offense: an Analysis on the Prosecution Role of the District Attorney’s Office, the Judge and the Police

Abstract: Analysis of the roles of the Prosecution Office, Judge and the Police in the criminal investigation phase, according the prosecution system, specifically the power of defining the criminal qualification of the offense. The District Attorney’s Office must control the police activity and be the responsible for the criminal prosecution in Justice, and these powers allow it to define the criminal qualification of the offense during the phase of investigation. The judge may reduce the qualification of the offense during the investigation only if it is already a restriction of the fundamental rights of the person under investigation. Any discrepancies between police and prosecution office related to the juridical qualification of the act under investigation are solved by the direct exercise of the powers of the District Attorney’s Office in the phase of investigation. Constitutional reinterpretation of the Brazilian indictment by the police, in regard of the Brazilian prosecution principle.

Keywords: District Attorney’s Office. The Judge. The Police. Juridical qualification of the criminal offense. Prosecution system. External control of the police. Responsibility for the criminal prosecution.

Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CÓDIGO de processo penal: comentários e notas práticas (Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto). Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

D'AMBROSIO, Loris; VIGNA, Piero Luigi. *La pratica di polizia giudiziaria*. 6. ed. Pádua: Cedam, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A polícia criminal no âmbito do novo CPP. *Revista de Investigação Criminal*, Porto, n. 21, dez. 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal anotado: legislação complementar*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

GÖSSEL, Karl Heinz. Ministerio Fiscal y policia criminal en el procedimiento penal del estado de derecho. *Cuadernos de política criminal*, Madri, n. 60, p. 611-632, 1996.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Manuel - procédure pénale*. 5. ed. Paris: Lexis Nexis, 2009.

JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LUPÁRIA, Luca. Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria. In: GARUTI, Giulio (Ed.). *Indagini preliminari e udienza preliminare*. Torino: Utet Giuridica, 2009. p. 173-240. (Trattato di procedura penale/Diretto da Giorgio Spangher, v. 3).

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉZ DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVA SANTOS, Andrés de la, et al. *Derecho procesal penal*. 8. ed. Madri: Ed. Universitaria Ramón Areces, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PITOMBO, Sérgio. O indiciamento como ato de polícia judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 577, p. 513-516, nov. 1983.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. La policía alemana como auxiliar del Ministerio Fiscal: estructura, organización y actividades. In: _____. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal, 2010. p. 451-483. t. 2.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Edimar Carmo da. *O princípio acusatório e o devido processo legal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. Indiciamento em inquérito policial: conveniência da manifestação prévia do dominus litis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 683, p. 391-393, set. 1992.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Manual de processo penal constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

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

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. O poder de definição da tipicidade das condutas investigadas: uma análise dos papéis processuais do Ministério Público, do juiz e da polícia de investigação. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 333-367, 2013. Anual.

Submissão: 01/04/2013

Aceite: 28/06/2013

A Reparação de Danos nos Delitos Patrimoniais: a Terceira Via em Sintonia com a Contemporânea Política Criminal

Lucas César Costa Ferreira

Analista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, atuante na área criminal, junto às Promotorias de Justiça Criminais do Paranoá. Pós-Graduado no curso “Ordem Jurídica e Ministério Público” pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

Resumo: Este trabalho científico tem por escopo legitimar, no contexto dos delitos patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, a reparação de danos como terceira via de solução, apta a evitar a intervenção do modelo clássico de justiça criminal. Para tanto, propõe-se um método valorativo e material de interpretação da norma penal, que se revela em concreto e segundo o desvalor do resultado, de maneira que o Direito Penal tutele tão somente bens jurídicos que não sejam suficientemente protegidos por outros ramos do Direito e que tenham sido ofendidos de forma relevante e intolerável. Partindo-se de uma pesquisa teórica e histórico-jurídica e tendo em vista a contemporânea política criminal, investigam-se os possíveis efeitos da reparação patrimonial, bem como a sua aptidão de, sob certas condições e circunstâncias, produzir o restabelecimento da paz jurídica e a ressocialização daquele que ofendeu o patrimônio de outrem. Nesse sentido, constatada a anacronia e a assimetria existente no ordenamento jurídico pátrio vigente, sugere-se a relativização do princípio da obrigatoriedade da persecução penal, bem assim a flexibilização do artigo 16 do Código Penal Brasileiro, a fim de que a reparação patrimonial, diante do referencial axiológico compreendido na Constituição Federal, seja entendida como instrumento autônomo de solução.

Palavras-chave: Reparação. Danos. Patrimônio. Anacronia. Política criminal.

Sumário: Introdução. 1 O Direito Penal na Contemporaneidade. 1.1 Teoria do Bem Jurídico-Penal e a Missão do Direito Penal.

1.2 A Dimensão Dinâmica do Bem Jurídico-Penal. 1.3 Princípio da Intervenção Mínima. 2 A Reparação do Dano e os Crimes Patrimoniais. 2.1 A Reparação Patrimonial como Terceira Via. 2.2 A Reparação Patrimonial e seus Reflexos na Persecução Penal de Acordo com o Ordenamento Jurídico em Vigor. 2.3 Princípio da Obrigatoriedade X Princípio da Oportunidade. 2.4 A Flexibilização do Artigo 16 do Código Penal. 2.5 A Reparação de Danos nos Delitos Patrimoniais. 3 Novas Perspectivas e Tendências - o Anteprojeto de Reforma do Código Penal. 4 Considerações Finais. Referências.

Introdução

A crise do modelo de justiça penal clássico, fundado precipuamente no sancionamento consistente no cerceamento da liberdade individual, impõe a procura de novos instrumentos que sejam bastantes para manter incólume a ordem pública, bem assim resguardar os valores sociais e individuais, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

Com base na moderna teoria do fato punível, que se sustenta na concepção de um Direito Penal subsidiário e fragmentário, analisa-se, sob uma perspectiva teórica, em que medida a reparação de danos, atenta à política criminal contemporânea, pode constituir via de solução de conflitos apta a obstar a incidência do Direito Penal incriminador.

Especificamente, sob uma vertente jurídico-dogmática (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 21), volta-se aos delitos patrimoniais, tipificados nos artigos 155 a 180 do Código Penal vigente, em especial aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, que

assolam o Judiciário com grande quantidade de procedimentos investigatórios e judiciais.

Conquanto mereçam reprovabilidade, verifica-se que, por vezes, os delitos patrimoniais não têm maior repercussão social, atingindo tão somente o patrimônio disponível da vítima. Em certas circunstâncias, o ofendido sequer deseja ou contribui para o bom andamento e êxito da persecução penal, mormente quando o bem é devolvido ou quando o prejuízo é reparado.

Neste contexto, serão investigadas as condições e circunstâncias relevantes para a compreensão da reparação patrimonial, assim como os obstáculos legais existentes para a sua admissão como terceira via de solução de conflitos. Uma vez confirmada a hipótese – a reparação de danos como terceira via –, será também analisada, por intermédio de um raciocínio lógico-dedutivo, a atuação das instâncias formais de persecução penal.

Ademais, tendo em vista a contemporânea política criminal e a partir das discussões que vem sendo travadas no Senado Federal por força da recente apresentação do Anteprojeto de Reforma do Código Penal, serão examinados os avanços sugeridos pela proposta. Desta feita, serão tecidas tendências para o manejo da via da reparação de danos como instrumento de solução de delitos patrimoniais.

1 O Direito Penal na Contemporaneidade

1.1 Teoria do Bem Jurídico-Penal e a Missão do Direito Penal

Questão que persiste atual diz respeito à missão fundamental do Direito Penal. Trata-se de assunto muito discutido, porquanto intimamente ligado à legitimação do Direito Penal como ramo autônomo.

A doutrina abolicionista sustenta ser impossível identificar uma especificidade ou um denominador comum que explique a criminalização de um determinado evento, o que torna desacreditada a justiça criminal (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 150-151).

Não obstante, à medida que se concebe um Estado Constitucional de Direito, em sua feição moderna, que revela uma proposta democrática e social fundada nos valores da dignidade da pessoa humana, liberdade e justiça, emerge como função precípua do Direito Penal contemporâneo, conforme majoritária doutrina (AMARAL, 2007, p. 158), a exclusiva tutela de bens jurídicos.

Identificada essa missão principal, fonte de legitimação do Direito Penal, torna-se necessária, *prima facie*, uma releitura do método e paradigma do Direito Penal tradicional, a fim de que seja possível a identificação do denominador comum, ou seja, dos bens jurídicos carecedores da tutela penal extrema e excepcional. Nessa ordem de ideias, a doutrina moderna penalista sugere a

adoção de um método deontológico e de um paradigma objetivo-material-*ex post*, senão vejamos:

O provecto método formalista e meramente subsuntivo deve ceder lugar ao método da ponderação, do exame do caso concreto, com a preocupação de que prevaleça (sempre e em cada caso) o valor justiça. Do método ontológico caminha-se para o deontológico, que parte da idéia de que o delito é essencialmente um fenômeno valorativo. Do paradigma subjetivo-formal-*ex ante* passa-se ao objetivo-material-*ex post*. Da antijuridicidade formal (que concebe o delito como infração de um dever – *Pflichtverletzung*–) se avança para a antijuridicidade material (ou melhor, antijuridicidade teleológica), que fundamenta a concepção do delito como ofensa concreta a um bem jurídico (*Rechtsgutsbeeinträchtigung*) e ocupa o centro nuclear do injusto penal. (GOMES, 2002a, p. 14).

Assim sendo, o intérprete da norma penal, ao deparar-se com determinada conduta, não deve reduzir a sua atuação a simplesmente subsumir o fato concreto à previsão abstrata prescrita na lei. Deveras, deve ir além, analisando o fato sob uma perspectiva material e valorativa, a fim de verificar se dada conduta representa ofensa concreta ou, ao menos, perigo real ao bem jurídico tutelado pela norma.

Embora também exerça influência sobre a atividade legiferante abstrata, limitando-a à tipificação de condutas que possam, ao menos potencialmente, ofender algum bem jurídico, observa-se que o método moderno do Direito Penal, atento à missão fundamental de exclusiva proteção de bens jurídicos, revela-se *in concreto*, pelo desvalor do resultado, quando deve ser verificado se o fato representa ofensa ao bem jurídico tutelado

pela norma abstrata, o que assume condição imprescindível para justificar a incidência do Direito Penal, *verbis*:

Uma vez firmada a tese de que a norma jurídico-penal é primordialmente norma de valoração e admitida a concepção predominantemente objetiva da antijuridicidade, 'o transcendental no momento de decidir se uma conduta é ou não contrária ao Direito será a constatação sobre se produziu ou não lesão ou perigo [concreto] para o interesse juridicamente protegido, isto é, a verificação da presença do desvalor do resultado [...]; o que fundamenta o injusto é, primordial e às vezes exclusivamente, o desvalor do resultado', entendido como juízo de desaprovação que recai sobre o fato em virtude de ter lesado ou colocado em perigo [concreto] o bem jurídico. (GOMES, 2002a, p. 23).

Resta evidente, por conseguinte, que o juiz, como intérprete da norma penal, assume posição proeminente, fruto da jurisdicionalização do bem jurídico e da atividade incriminadora (GOMES, 2002a, p. 94). Nesse sentido, o método da ponderação (Ibidem, p. 40) deve prevalecer sobre a mera subsunção do fato à norma, exigindo que seja feita uma análise concreta do resultado, que determinará a incidência ou não da disciplina sugerida pelo Direito Penal, conforme se extrai dos seguintes ensinamentos, *verbis*:

O jurista, o penalista e particularmente o juiz deste terceiro milênio já não pode aceitar o positivismo legalista e formalista que preponderou nos dois últimos séculos. Na interpretação de um tipo penal é preciso, para além da inafastável atividade de mera subsunção formal da conduta, verificar o que está por trás da letra da lei. Em outras palavras, urge que se descubra em toda sua integralidade o conteúdo da norma e qual é o bem jurídico protegido por ela (qual é a relação social concreta e determinada afirmada pela lei). (GOMES, 2002a, p. 144).

Portanto, tendo em vista a missão precípua do Direito Penal de tutelar exclusivamente bens jurídicos, torna-se imprescindível examinar os critérios e parâmetros que devem orientar o intérprete na identificação do rol restrito de bens jurídicos merecedores da proteção do Direito Penal.

1.2 A Dimensão Dinâmica do Bem Jurídico-Penal

A concepção do bem jurídico-penal não pode ser tomada abstratamente, amparada em valores desconectados da realidade, sob pena de tornar-se inócua toda a construção teórica a respeito. Em verdade, o bem jurídico-penal revela-se na interação social concreta e na complexidade que a envolve (GOMES, 2002a, p. 111), não sendo possível estabelecer abstratamente a sua definição diante do método valorativo e material proposto pelo moderno Direito Penal.

Contudo, essa dinamicidade do bem jurídico-penal torna extremamente dificultosa a sua definição, de maneira que a teoria do bem jurídico-penal sofre severas críticas doutrinárias, senão vejamos:

Partindo-se da afirmação de que o maior adjetivo do princípio da proteção de bens jurídicos é a sua capacidade limitadora e legitimadora da atividade penal sancionatória, o primeiro problema que se coloca é o de saber como o direito penal só pode ser legítimo se protege bens jurídicos, sem que, contudo, esteja especialmente claro o que é bem jurídico no contexto jurídico-penal. O direito penal voltado apenas à exclusiva proteção dos bens jurídicos acaba por provocar o contrário, isto é, autorizando uma irrazoável expansão das punições. (AMARAL, 2007, p. 166-167).

Decerto, a teoria do bem jurídico-penal sugere justamente a redução do âmbito de incidência do Direito Penal, de modo que é impositiva a definição clara do contexto jurídico-penal que o envolve, a fim de que se evite a sua expansão desmensurada e deslegitimada. Para tanto, deve-se recorrer a uma referência axiológica, que afaste a insegurança jurídica depositada na interpretação e na atividade legiferante.

Esse referencial, tendo-se por base o estabelecimento de um Estado Constitucional de Direito, deve repousar nos valores sociais eleitos e consolidados na Constituição, a qual não determinará os bens jurídicos tuteláveis, mas servirá de norte para o reconhecimento dos bens jurídico-penais no seio das relações sociais concretas, *verbis*:

Com efeito, da leitura constitucional do Direito Penal e do delito, que é obrigatória à medida que a sanção penal incide justamente sobre bens fundamentais da pessoa (liberdade, patrimônio etc.), deriva um sistema de princípios constitucionais com capacidade orientadora “externa” e suficiente não somente para delinear um programa liberal de adequação do “velho” Direito Penal, senão também para representar o ponto (ou mais um ponto) de referência para a interpretação e (re)construção do direito vigente (excessivamente intervencionista e preventivo). (GOMES, 2002b, p. 19-20).

Uma vez identificado na Constituição o referencial axiológico obrigatório, insta alertar que o caráter orientador dos valores nela estabelecidos não autoriza a definição positiva de um catálogo de bens jurídico-penais; serve, porém, de norte

interpretativo que impossibilita a derrogação do quadro axiológico constitucional.

A par dessa concepção dinâmica do bem jurídico-penal, que deve guardar respaldo nos valores consagrados no texto constitucional, torna-se possível identificar alguns desses vetores interpretativos.

1.3 Princípio da Intervenção Mínima

A moderna teoria do bem jurídico-penal impõe a definição clara e restrita, embora dinâmica, dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal, donde se extrai que o expansionismo das tipificações e penas deslegitima este ramo, senão vejamos:

Desrespeitar o sentido e a base de sustentação da intervenção mínima somente fomenta o descrédito no Direito Penal, na exata medida em que as autoridades e agentes estatais não aplicam, na prática, as medidas punitivas criminais contra lesões ínfimas, mesmo que previstas, em tese, no ordenamento, como infrações penais. (NUCCI, 2010, p. 168-169).

Como forma enérgica de reação estatal, o Direito Penal não pode ser manejado em todo e qualquer caso, senão nos casos que afetem ou ofereçam perigo à dignidade da pessoa humana e à funcionalidade do sistema democrático de Direito, bem como aos valores e bens existências correspondentes (liberdade individual, justiça social e etc.) (BOTTINI, 2007, p. 174).

O Direito Penal deve ser seletivo e a intervenção, mínima. O direito incriminador só pode atuar quando se revelar meio

indispensável para a tutela de determinados bens ou interesses (MASSON, 2008, p. 32).

Corolários naturais do princípio da intervenção mínima, destacam-se, sobretudo diante da concepção dinâmica do bem jurídico-penal, os princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade.

De acordo com o princípio da subsidiariedade, o Direito Penal deve ser visto como último recurso ou instância – *ultima ratio*. Assim, uma vez esgotados todos os meios de solução propostos pelos outros ramos do Direito (multa administrativa, indenização civil e etc.) e remanescente a necessidade de se proteger o bem jurídico ofendido, recorre-se à intervenção drástica da tutela penal, *verbis*:

O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isto se pode conseguir por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos para os direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social. O princípio da ‘máxima utilidade possível’ para as possíveis vítimas deve combinar-se com o de ‘mínimo sofrimento necessário’ para os delinquentes. Ele conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito Penal no tendente à maior prevenção possível, senão ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo assim o ‘princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Direito Penal há de ser a *ultima ratio*, o último recurso a utilizar à falta de outros menos lesivos. (PUIG, 1998 apud MASSON, 2008, p. 35).

No outro aspecto da mínima intervenção, o princípio da fragmentariedade é concebido a partir da compreensão de que o Direito Penal não é instrumento de tutela de qualquer

bem jurídico. Com efeito, há que se falar em uma tutela penal seletiva do bem jurídico (BITTENCOURT, 2011, p. 45), restrita às hipóteses em que a ofensa se mostra relevante e intolerável. Em outras palavras, o Direito Penal, a partir da hipótese concreta, deve ser compreendido como recurso último de proteção do bem jurídico (MASSON, 2008, p. 34).

Por fim, no que se refere ao princípio da ofensividade, tem-se que o Direito Penal moderno só justifica a sua incidência a partir do desvalor do resultado, com a constatação de uma ofensa concreta – lesão ou perigo de lesão – ao bem jurídico tutelado, *verbis*:

Ora, num Estado com essas características, pluralista, que tem na justiça o valor-meta, é evidente que o Direito penal não pode perseguir finalidades transcendentais ou éticas, não pode contemplar o homem como mero ‘objeto’ de tratamento em razão de uma presumida inclinação anti-social, nem tampouco reprimir a mera desobediência. O único modelo de Direito penal e de delito compatível com nossa Constituição, em conseqüência, é o de um Direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão. Destoa dessa estrutura constitucional qualquer teoria do fato punível fundada no mero desvalor da ação. Não há delito sem desvalor do resultado (afetação a bens de terceiros pessoas). (GOMES, 2002b, p. 59).

Os princípios constitucionais supramencionados, ainda que implícitos, funcionam como vetores interpretativos de orientação das instâncias formais de persecução penal na identificação dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal. Afinal, como já referido, não se esgota em atividade de mera subsunção formal.

Cuida-se, em verdade, de uma atribuição complementar à do legislador, que conjectura, nos tipos penais, eventuais violações relevantes e intoleráveis, aptas a justificar, em tese, a incidência da via máxima de reação ao ilícito.

Além de inegável contribuição para a definição dos bens jurídicos tuteláveis, tem-se que a subsidiariedade, a fragmentariedade e a ofensividade, quando tomadas sob o espectro de uma dinamicidade dos bens jurídico-penais, impõem que sejam desenvolvidas novas formas de reações estatais, proporcionais aos atos ilícitos praticados, a fim de que a privação da liberdade, como medida sancionatória, seja aplicada apenas como *ultima ratio* (CÂMARA, 2008, p. 219).

2 A Reparação do Dano e os Crimes Patrimoniais

2.1 A Reparação Patrimonial como Terceira Via

Na esteira da proposta reflexão sobre a legitimação do Direito Penal, verifica-se que, além da dos bens jurídicos tuteláveis explorada no tópico anterior, faz-se necessário atentar para o alcance dos fins por ele perseguidos.

Entretanto, é consabido que os efeitos externos prometidos pelo modelo de justiça criminal clássico – fundado na prevenção geral e especial e amparado exclusiva e principalmente na pena privativa de liberdade – não são verificados na prática, sobretudo diante da seletividade, ineficácia e o característico simbolismo produzidos pelo sistema punitivo, *verbis*:

O sistema clássico de Justiça Criminal acha-se, desde sempre em crise. Porque ansolve ou condena, mas não “resolve” o problema criminal (praticamente nada de positivo faz para a solução verdadeira do problema). Porque impõe suas decisões com “imperium”, mas sem “auctoritas”. Porque se preocupa exclusivamente com o castigo do agente culpável – isto é, com a pretensão punitiva do Estado, que é só um dos sujeitos implicados no problema criminal – mas não atende às legítimas expectativas dos restantes: da vítima, da comunidade, do próprio infrator. (GOMES, 2007).

No contexto atual de crise do Direito Penal, impõe-se a busca de novas vias de solução de conflitos que, conquanto revelem ofensas a bens jurídico-penais, necessitam de medida estatal distinta da clássica privação da liberdade, *verbis*:

Hodiernamente, o ressurgimento do interesse na reparação da vítima de crime encontra-se relacionado à crise de legitimação da política criminal tradicional – crise do modelo penal fundado em sanções de caráter repressivo, mormente na pena privativa de liberdade – bem como, com uma crise do modelo de ressocialização. De modo que a sociedade é ‘induzida a procurar novos modelos de instrumentos sancionatórios’. Onde, indubitavelmente, diversos fatores concorrem, no mesmo tempo histórico, para impulsionar uma política criminal de índole reparatória. (CÂMARA, 2008, p. 198).

Assim sendo, emerge a reparação do dano, ao lado da prisão e da medida de segurança, como possível terceira via de solução para o problema delineado (AMARAL, 2005, p. 121), eliminando o vazio existente entre a reação punitiva e a impunidade no sistema punitivo clássico (ROSENTHAL, 2005, p. 77), senão vejamos:

A ideia da reparação fecha um abismo que existe entre a renúncia à pena e a aplicação da pena, intercalando entre estas um grau intermediário na sistemática das conseqüências jurídicas. No restabelecimento autônomo da paz jurídica mediante a assunção voluntária de responsabilidade está anteposto à imposição da pena. Daí, fundado no princípio da subsidiariedade, a reparação do dano antecede à pena, ali onde a renúncia à pena já não é possível e a imposição coativa de responsabilidade ainda não é necessária, ou o é de forma atenuada. (AMARAL, 2005, p. 364).

Nesse contexto, discute-se na doutrina qual deve ser a natureza da reparação de danos, se mera consequência jurídico-penal do delito ou se autônoma em relação a este (AMARAL, 2005, p. 139-174).

Admitida a sua autonomia em relação ao fenômeno criminoso em si, torna-se possível concebê-la como uma terceira via, apta a servir como reação penal ao delito. Não se propõe que seja uma espécie de pena; diversamente, a reparação do dano, como terceira via de solução, é autônoma e não decorre de uma condenação firmada pelo juiz, mas sim de uma conduta voluntária do autor do fato. E é justamente essa voluntariedade que a diferencia da mera indenização civil do dano e justifica eventual renúncia das instâncias formais à pena, uma vez que traduz verdadeira assunção de responsabilidade pelo autor do fato.

Em outro aspecto, a reparação do dano, na medida em que é admitida como via de solução, atende aos anseios do movimento de valorização político-criminal das vítimas, sem, no entanto, sacrificar os interesses do acusado ou sentenciado. A reparação patrimonial não é, portanto, fruto de uma política criminal

unidirecional, com orientação exclusivamente vitimocêntrica, mas compreende recurso que concilia os interesses da vítima, do autor do fato e da sociedade, senão vejamos:

Porém, a reparação como alternativa às sanções convencionais não entra em cena apenas em função dos interesses da vítima. Leva-se em consideração, também, os interesses do próprio agente, que ao consciencializar-se da importância em reparar a sua vítima, tenderia a reconhecer e aceitar a valência do direito de modo mais apropriado, tudo a contribuir para a ressocialização. Ultrapassa-se, assim, concepções teóricas mais recuadas que tendiam a perspectivar a reparação de forma unidirecional, isto é, centrada tão-somente nos interesses da vítima, e, assim em última análise, em gravame para o infrator. Atende, demais disso, aos interesses da própria sociedade, porquanto, em que pese em um primeiro momento orientar-se para as necessidades mais imediatas da vítimas, em passo subsecutivo, colabora para 'reafirmar os valores sociais violados pelo delito'. (CÂMARA, 2008, p. 198).

Com efeito, a reparação patrimonial voluntária, como forma de reação estatal à prática de um delito, promove o restabelecimento da paz jurídica (prevenção geral positiva), assim como produz, ainda que em menor grau, um efeito intimidatório (prevenção geral negativa), confira-se:

No conspecto de uma sociedade plural e democrática organizada em um Estado de Direito material e democrático, ganha especial relevo a teoria da prevenção geral positiva de integração (o efeito geral integrador reside na pacificação social), que não se volta tão somente a fazer com que a norma exerça uma influência geral sobre as pessoas (os potenciais criminosos, inclusive), mas também persegue um fim intermediário de reforço da confiança da população (vítima virtual) na validade da norma e no ordenamento jurídico-penal como um todo, e que

não rejeita – como elemento essencial à restauração do tecido social – a introdução do componente reparatório. (CÂMARA, 2008, p. 218).

Além disso, deve-se destacar a sua potencialidade de atuar na seara da prevenção especial, senão vejamos:

No campo da prevenção especial Roxin reconhece que podem ser extraídos resultados positivos da reparação. A partir da reparação do dano podem desencadear-se processos internos no indivíduo que praticou o fato, os quais normalmente seriam impedidos com a imposição de uma pena clássica. O dever de reparar ocasiona o confronto do autor com os danos por ele causados, bem como com a pessoa da vítima. Assim, o autor resta afetado internamente, o que contribui para a sua ressocialização. (ROXIN, 1997 apud AMARAL, 2005, p. 166).

Na concepção de Claus Roxin (2006, p. 25-27), alcançados os fins de prevenção geral e especial pela reparação do dano, invoca-se o princípio da subsidiariedade para legitimar a renúncia à pena clássica. Decerto, a reparação do dano como terceira via impõe condicionantes para que se autorize a incidência do modelo penal clássico, confira-se:

A reparação do dano como “terceira via” do direito penal é também um aporte do princípio da subsidiariedade e implica, seguindo posições plurais – especialmente a de Roxin – a legitimação da sanção penal com sentido de prevenção geral somente quando esta resulte absolutamente necessária para a proteção de bens jurídicos. (ROXIN, 1997 apud AMARAL, 2005, p. 142).

O princípio da subsidiariedade deve ser observado não somente pelo legislador, mas também por aquele que opera o

direito. Este deve se atentar aos fins político-criminais do Direito Penal, a fim de que seja possível definir a adequada reação penal ao caso concreto (AMARAL, p.166-167). Segundo Roxin, o aludido princípio, quando concebido de forma ampla, otimiza a intervenção do Estado na regulação de conflitos sociais, já que privilegia os princípios da celeridade e economicidade (ROXIN, 1997 apud AMARAL, p.171).

Com apoio nos ensinamentos de Roxin, Luiz Flávio Gomes (1995) enaltece a importância político-criminal do instrumento da reparação de danos, senão vejamos:

Particularmente no que diz respeito à pequena e média criminalidade, a reação (punitiva) estatal que tenha por base só a pena de prisão ou a pena de multa retributiva, ou ambas cumulativamente, espelha um conceito clássico ou neo-clássico “paleorepressivo” porque alberga, quase que exclusivamente, os interesses da pretensão estatal de punir, de castigar. E este não é, como diz Roxin, o caminho correto, porque o delito é um conflito social que merece uma ‘solução social’ ou uma ‘alternativa social construtiva’ que atenda aos interesses do infrator, da vítima, da comunidade e do Estado. Para estes fatos, sublinha o autor alemão, superando a rotina do mero castigo, deve-se empregar a intervenção estatal para uma ajuda efetiva individual e social. Trata-se da ideia de reparação que pode contribuir muitíssimo para o cumprimento dos fins da pena, daí a sua importância político-criminal; ela está a serviço do ‘restabelecimento da paz jurídica’ (pois tanto a vítima como a sociedade, em virtude da reparação do dano social provocado, sentem realizadas as suas expectativas de reparação, de ser desculpada e etc.), bem como uma ‘eficaz ressocialização’ (na medida em que obriga o infrator a suportar as conseqüências do seu ato, assim como perceber e considerar os interesses da vítima, o que é impossível por meio da simples pena-castigo, além de fomentar o reconhecimento e o respeito da norma e do Direito, sem contar que pode ainda produzir uma ‘reconciliação’

entre o autor e a vítima e com isso facilitar a reinserção social. (ROXIN, 1994 apud GOMES, 1995, p. 101).

No ponto, é oportuno destacar estudo desenvolvido por um grupo de professores alemães de Direito Penal, integrado por Claus Roxin, que elaboraram, no ano de 1992, o chamado Projeto Alternativo sobre a Reparação “*Alternativ-Entwurf Wierdergutmachung*”. O projeto contempla análise complexa da reparação voluntária como instrumento de compensação da culpabilidade (ROSENTHAL, 2005, p. 78).

Dentre outras disposições, destacam-se o tratamento amplo conferido ao instrumento pelo projeto, que enumera diversas espécies de prestações reparadoras, inclusive imateriais, bem como admite, com igual eficácia compensatória, o ressarcimento parcial do dano em casos especiais (ROSENTHAL, 2005, p. 78-79). O projeto autoriza ainda a reparação compensatória nas hipóteses em que tenha havido mera tentativa, ou nos casos em que a ofensa não seja individualizável.

Desse modo, observa-se que, conforme autorizada doutrina atenta aos ditames da moderna política criminal, a prestação reparatória voluntária pode constituir instrumento legítimo e suficiente de reação estatal à violação de bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, senão vejamos:

No entanto, partindo das mesmas premissas que instaram a moderna doutrina à elaboração do projeto referido, parece-nos que a solução de permitir que a reparação do dano conduza à própria extinção de punibilidade, em determinadas hipóteses, atende não apenas aos interesses da vítima, como de toda a

sociedade, ao servir de instrumento para a consecução de uma política criminal pautada pela utilização de um Direito Penal mínimo, voltado especialmente para a pacificação social, pelo que pode e deve ser utilizada sempre que se vislumbre ser esta a melhor alternativa para a solução do conflito. (ROSENTHAL, 2005, p. 80).

Nessa ordem de ideias, essa política criminal alinha-se à contemporânea missão do Direito Penal de exclusivamente proteger bens jurídicos, que devem ser concebidos em uma dimensão dinâmica, a fim de que guardem correlação lógica e necessária com os princípios e valores consagrados na Constituição.

Por conseguinte, faz-se imperioso delinear as circunstâncias e as condições em que a reparação de danos pode desempenhar o papel de proteger satisfatoriamente o bem jurídico-penal tutelado pela norma. Antes, contudo, impende analisar-se o panorama jurídico-legal dessa medida no ordenamento jurídico pátrio com vistas a se conjecturar eventuais avanços que possam ser alcançados pelo operador do direito.

2.2 A Reparação Patrimonial e seus Reflexos na Persecução Penal de Acordo com o Ordenamento Jurídico em Vigor

Regra geral, a reparação de danos, no contexto jurídico-penal, produz efeitos tímidos, sobretudo quando analisada a disciplina legal conservadora conferida pelo Código Penal brasileiro em vigor.

Com efeito, o artigo 16¹ do referido diploma legal estabelece que a reparação voluntária de danos, em sendo praticado crime sem violência ou grave ameaça, é tão somente causa de diminuição da pena quando realizada antes do recebimento da denúncia ou queixa. Trata-se do arrependimento posterior.

A reparação patrimonial é também circunstância atenuante da pena, desde que o agente tenha, antes do julgamento, por sua espontânea vontade e com eficiência, reparado o dano (artigo 65, III, 'b', do Código Penal).

Somada a circunstâncias judiciais favoráveis, a realização da reparação do dano pelo condenado viabiliza a concessão pelo juiz da benesse da suspensão condicional da pena especial, com a fixação de condições mais benéficas (artigo 78, §2º, do Código Penal).

Em outro aspecto, a reparação de danos compreende condição para a concessão do livramento condicional (artigo 83, IV, do Código Penal) e da reabilitação ao condenado (artigo 94, III, do Código Penal).

Por fim, alguns doutrinadores (ROSENTHAL, 2005, p. 65) ainda vêem a prestação pecuniária (artigo 43 e 45, §1º, do Código Penal) como hipótese em que a reparação patrimonial assume *status* de pena autônoma.

1 “Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1940).

Desse modo, observa-se que o tratamento conferido pelo Código Penal em vigor destoa das tendências modernas da política criminal, de maneira que a reparação patrimonial, no máximo, impõe a diminuição da pena, nos termos do que dispõe o supramencionado artigo 16 do Código Penal. Sequer se cogita da extinção da punibilidade, mesmo em delitos praticados sem violência ou grave ameaça, o que revela disciplina legal que desconsidera o caráter subsidiário do Direito Penal moderno, *verbis*:

Ao deixar de adotar soluções político-criminais que excluam a pena pela reparação do dano, o legislador brasileiro desrespeita o princípio da subsidiariedade e o sistema penal a ele subjacente. Parece ter ignorado a evolução do sistema penal e dos correntes aportes invasivos da moderna política criminal de evitação de respostas penais clássicas. (AMARAL, 2005, p. 402).

No entanto, em regramentos esparsos e até mesmo na parte especial do Código Penal em vigor, verificam-se alguns avanços na disciplina dos efeitos da reparação patrimonial, mais condizentes com a política criminal moderna.

Com efeito, em relação a determinados tipos penais, a reparação patrimonial, quando efetuada antes do recebimento da denúncia, tem o condão de ensejar o trancamento da ação penal. Isso se verifica, por exemplo, no crime de estelionato, quando na modalidade emissão de cheque sem provisão de fundos²

2 Esse entendimento está esposado na Súmula nº 554, do Supremo Tribunal Federal: “o pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

(artigo 171, §2º, VI, do Código Penal), nos crimes contra a ordem tributária³ (Lei nº 8.137/90 e Lei nº 4.729/65) e no crime de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A, §2º, do Código Penal).

No peculato culposo, a reparação do dano pode acarretar a extinção da punibilidade, se anterior à sentença irrecorrível, ou a diminuição da pena, se posterior (artigo 312, §3º, do Código Penal).

Assim sendo, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio sugere, à primeira vista, um tratamento assimétrico dos efeitos da reparação de danos. É nítida a desproporcionalidade da disciplina normativa que confere tratamento desigual a hipóteses semelhantes, *verbis*:

Refletindo-se sobre o tema, é preciso considerar que o tratamento dado pelo Estado ao criminoso, no cenário da ordem tributária, é diverso daquele empregado – com maior rigor, certamente – aos outros delitos, que envolvam, de algum modo, patrimônio. Aquele que ‘subtrai’ dinheiro pertencente ao fisco, pagando, mesmo após a consumação do crime, tem a sua punibilidade extinta; outro qualquer que subtraia coisa alheia móvel (furto, art.155, CP), ainda que devolva integralmente o que retirou da vítima, antes do oferecimento da denúncia, no máximo será beneficiado com a redução da pena (art.16, CP), mas não com a extinção da punibilidade. Cremos ser preciso padronizar o

3 O artigo 34 da Lei nº 9.249/95 dispõe que “extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”. Além disso, o artigo 9º da Lei nº 10.684/03 estabelece a adesão ao regime de parcelamento como causa de suspensão da pretensão punitiva estatal, sendo que o pagamento integral daquele extingue a punibilidade.

tratamento, equilibrando as situações. É indiscutível ser mais interessante ao Estado receber o que lhe é devido em lugar de processar criminalmente o sonegador, muitas vezes por anos e anos, sem nada conseguir, por qualquer razão (ex.: prescrição), mas a mesma situação pode ser do interesse da vítima de um furto, estelionato, apropriação indébita, dentre outros delitos. Seria preferível receber de volta o que perdeu em lugar de assistir o Ministério Público processar o agente criminalmente, às vezes, sem sucesso em obter a condenação. O Estado Democrático de Direito, que apregoa a igualdade de todos perante a lei, parece ser mais cioso a respeito de seus valores do que em relação aos interesses particulares do cidadão brasileiro, em especial quando se contrasta o cofre público com o cofre particular. (NUCCI, 2009b, p. 985-986).

O patrimônio, como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, merece ter, em geral, o mesmo regramento, sob pena de se ofender os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Eventuais discriminações do regramento ordinário devem atender ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade, ou seja, devem revelar um *discrímen* que justifique abstrata e concretamente o tratamento desigual, desde que esse seja consentâneo com os valores consagrados na Constituição (MELLO, 2005, *passim*).

Nesse sentido, há autores (COSTA; AZEVEDO, 2011) que sugerem, a partir de uma análise sistêmica, a extensão – por analogia *in bonam partem* – dos benefícios aplicáveis aos crimes contra a ordem tributária (artigo 9º da Lei nº 10.684/03 e artigo 34 da Lei nº 9.249/95) aos crimes cometidos contra o patrimônio, perpetrados sem violência ou grave ameaça.

O que se observa, em verdade, é que o tratamento legal disposto no Código Penal em vigor revela-se, como regra,

anacrônico e destoante da política criminal moderna. Daí a assimetria verificada no ordenamento jurídico pátrio, *verbis*:

A política criminal que orientou e orienta a legislação brasileira é referida a velhos paradigmas positivistas, os quais não acompanharam a evolução do sistema penal. Ao não permitir que a reparação do dano funcione como forma eficaz e despenalizante de reação ao delito, termina por aceitar sua utilização no direito penal como um instrumento de coerção para satisfação do dano. (AMARAL, 2005, p. 399).

A fim de amenizar a verificada essa anacronia da legislação penal, sobretudo do Código Penal em vigor – embora a atividade legiferante também devesse ser orientada pela evolução da moderna política criminal – impõe-se que os operadores do direito interpretem a lei à luz dos aspectos político-criminais modernos, *verbis*:

O julgador deve, portanto, argumentar político-criminalmente com o legislador, como se tivesse que acabar de desenhar, em todos os detalhes, a imagem ou o modelo do direito vigente que o legislador só é capaz de fazer num plano mais genérico. Isso não significa que a política criminal dogmática e a política criminal legislativa tenham a mesma competência. Se tivessem, legislador e juiz seriam equiparados, violando o princípio da divisão dos poderes. A atividade judicial interpretativa político-criminal deve ser instrumento para a busca de um “Estado de Justiça”, e não de um “Estado de Juízes” - forma odiosa de totalitarismo e ditadura do Judiciário. (AMARAL, 2005, p. 404).

Observa-se, doravante, que a política criminal deve desempenhar uma função diretiva ou norteadora tanto no processo

de elaboração da norma como no momento subsecutivo, isto é, na atividade de interpretação desta.

Nessa senda, insta ressaltar que a política criminal encontra-se vinculada ao sistema axiológico consagrado na Constituição, na medida em que este limita a sua atuação diretiva, segundo as decisões fundamentais ali contempladas (CÂMARA, 2008, p. 166-169).

Dessa maneira, a política criminal aufere nova dimensão no Direito Penal moderno, estando voltada a estabilizar o sistema social conforme os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição. Estabelece-se, assim, um paradigma teleológico-funcional político-criminalmente dirigido, senão vejamos:

Tal direcionamento do pensamento jurídico-penal encontra-se lastreado em uma necessidade de configurar a política criminal como esfera norteadora e compreensiva da dogmática criminal, força propulsora ou motor das garantias penais e de desenvolvimento de princípios fundamentais.

Com isso a política criminal ganha uma nova dimensão e influência, logrando libertar-se das amarras conceituais que limitavam-na ao desempenho de um papel ancilar, meramente consultivo, i.e., voltado a sinalizar a necessidade de reformas futuras, incapaz de influenciar uma interpretação apta a atingir uma solução justa para o problema concreto. Trata-se, portanto nada menos do que estruturar a teoria do delito a partir dos pontos de vista da política criminal. (CÂMARA, 2008, p. 167).

Assim, enquanto o Código Penal não experimenta as necessárias reformas legislativas, atentas à política criminal contemporânea, torna-se possível enxergar um modo de se

estabelecer um Direito Penal mais moderno, pautado pelos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e ofensividade.

No ponto, dois raciocínios auferem relevância extrema. O princípio da obrigatoriedade da ação penal e o efeito tímido sugerido pelo disposto no artigo 16 do Código Penal Brasileiro, tidos como absolutos pela dogmática clássica, merecem uma releitura à luz da faceta dinâmica do bem jurídico-penal, orientada por uma moderna política criminal.

2.3 Princípio da Obrigatoriedade X Princípio da Oportunidade

Consoante doutrina majoritária, o princípio da obrigatoriedade – que estaria estampado no artigo 24⁴ do Código de Processo Penal – informa o processo penal e obriga as instâncias formais a instaurar o inquérito policial e a ajuizar a ação penal pública competente, uma vez preenchidos os elementos caracterizadores do crime, *verbis*:

[...] significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia. (NUCCI, 2009a, p. 48).

4 “Art. 24 - Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo” (BRASIL, 1941).

Tal princípio, no entanto, só se aplica aos crimes que se processam mediante ação penal pública, incondicionada ou condicionada (se oferecida a representação pelo ofendido), e retira dos órgãos incumbidos de promover a persecução penal a conveniência e discricionariedade de agir ou deixar de agir quando praticado o delito (AVENA, 2012, p. 43).

No campo da ação penal privada, por outro lado, vige o princípio da oportunidade, segundo o qual o legitimado para o ajuizamento da ação penal, a saber, a vítima, detém a discricionariedade e conveniência para decidir sobre o seu ajuizamento.

Extrai-se do artigo 100⁵ do Código Penal que, como regra, a ação penal é pública e, salvo disposição em contrário, por conseguinte, impera o princípio da obrigatoriedade. É o que acontece como regra nos delitos patrimoniais, mesmo que praticados sem violência ou grave ameaça.

Desse modo, o princípio da obrigatoriedade, se tomado de forma absoluta, mesmo com as restrições legais da sua incidência, configura óbice à admissão da reparação de danos como terceira via de solução. Com efeito, ainda que reparado o dano de forma voluntária, por força do princípio da obrigatoriedade, seria forçoso o ajuizamento da ação penal pública e a aplicação de uma penalidade.

5 “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” (BRASIL, 1940).

Ademais, conquanto aufera respaldo em algumas disposições legais (artigos 24 e 42, ambos do Código Penal), o princípio da obrigatoriedade não privilegia o princípio da subsidiariedade, que determina uma atuação do Direito Penal como *ultima ratio*. A feição dinâmica do bem-jurídico penal desautoriza a fixação de uma regra absoluta e rígida que não dote as instâncias formais incumbidas da persecução criminal de um mínimo de discricionariedade e que ignore os interesses do ofendido, *verbis*:

Aliás, se a decisão estivesse a seu dispor, segundo juízo de conveniência e oportunidade, é bem provável que a ampla maioria das vítimas de crimes contra o patrimônio preferisse ser ressarcida dos danos sofridos a ver o acusado submetido a outra medida, como, por exemplo, o aprisionamento. Os tempos são outros, os bens mais abundantes e até mesmo descartáveis, razão pela qual, diante de possibilidades como as aqui diagnosticadas, deve o intérprete construir a melhor alternativa para a adequação do Direito Penal à realidade, sempre orientado pela primazia da liberdade. (COSTA; AZEVEDO, 2011).

Assim sendo, observa-se que o princípio da obrigatoriedade traduz um dos anacronismos do ordenamento jurídico vigente, de maneira que se impõe uma releitura para que haja uma expansão, embora excepcional e casuística, do princípio da oportunidade, *verbis*:

Por tal princípio oferece-se ao acusador e/ou tribunal a possibilidade de renunciar à ação penal ou à sanção punitiva, ainda que diante de um fato revestido das características de delito, em hipóteses especiais, nas quais, a seus juízos, a aplicação da pena prevista em lei seja inadequada por motivos de política criminal. Isso se dá no caso concreto quando a punição é considerada desnecessária por razões de prevenção

especial, ou haja um prognóstico de que a sua aplicação seria contraproducente sob o aspecto ressocializador, e sempre que a renúncia à sanção possa ser feita sem que seja experimentado um excessivo sacrifício em termos de prevenção geral. (AMARAL, 2005, p. 377).

Não há ofensa à segurança jurídica, já que é mantida a regra segundo a qual, praticado um dado delito, a persecução criminal é obrigatória. Diferentemente, o que se sugere é que, em hipóteses excepcionais, em que a reparação do dano alcance o efeito de proteger satisfatoriamente o bem jurídico-penal, a pretensão punitiva seja renunciada; incorporando a reparação patrimonial, doravante, uma terceira via de solução.

Repise-se que a concessão à aplicação do princípio da oportunidade é excepcional, verificada casuisticamente, segundo a voluntariedade do autor do fato. Assim, o não oferecimento da denúncia em face da reparação de danos deve ser devidamente motivado diante de circunstâncias concretas.

Ademais, a reparação do dano só pode acarretar a renúncia à pena em situações em que as circunstâncias e a culpabilidade do agente não sejam graves, senão vejamos:

Primeiramente, sugere-se que os casos sejam selecionados conforme a gravidade do delito, aplicando-se o princípio a todas as infrações com pena máxima prevista até certo limite. Outro critério é conforme o bem jurídico protegido. Usualmente, propugna-se que a aplicação do princípio fique restrita aos bens patrimoniais, excluindo-se, portanto, crimes contra a vida e a integridade física. Sumalla propõe que seja aplicado o princípio aos crimes de furto, apropriação indébita, estelionato (exceto

nos casos de pluralidade de vítimas), crimes contra a propriedade imaterial, algumas hipóteses de dano, crimes fiscais e crimes contra a honra. (AMARAL, 2005, p. 379).

Em termos procedimentais, aduz Roxin (1997) que se deve recorrer a um procedimento restitutivo prévio à persecução formal, mas dirigido pelo juiz, que poderia, uma vez realizada a reparação voluntária do dano, suspender o procedimento, renunciar à pena ou atenuá-la, a depender da gravidade e das circunstâncias do delito praticado. Assim, o sistema conciliatório não deve compreender fase informal prévia; deve, porém, funcionar dentro do processo penal e ser sujeito a controle do Ministério Público e do juiz.

É salutar esse posicionamento do jurista alemão, eis que minimamente garante a segurança jurídica, atribuindo o controle das conciliações e até mesmo a apreciação da voluntariedade da reparação ao juiz e ao Ministério Público. Esse procedimento reforça o caráter excepcional do princípio da oportunidade, que derroga, de forma casuística, a obrigatoriedade da ação penal.

Viabiliza-se, neste aspecto, a reparação do dano como terceira via de solução de conflitos, apta a trancar inquérito policial e a legitimar a cessação da pretensão punitiva estatal.

Entretanto, há outro óbice legal a ser superado.

2.4 A Flexibilização do Artigo 16 do Código Penal

Diante do disposto no artigo 16 do Código Penal vigente, constata-se que, como regra, a reparação do dano, no máximo, produz o efeito de diminuir a pena no caso de crimes praticados sem grave ameaça e violência.

Desse modo, a reparação de danos, como causa renunciativa à pena, careceria de respaldo legal. Haveria, portanto, um outro óbice à admissão da reparação patrimonial como terceira via de solução de conflitos.

Contudo, em face da morosidade do legislador e do tratamento legal anacrônico disposto no Código Penal, o artigo 16 deste diploma normativo não pode ser interpretado de forma literal e absoluta; devendo, no entanto, ser obtemperado pelo disposto em seu artigo 59 (AMARAL, 2005, p. 405).

Esse dispositivo legal, com efeito, pode funcionar como um instrumento de flexibilização da anacrônica disciplina legal sugerida pelo Código Penal, porquanto permite inserir, no seio da teoria do delito concebida pelo referido diploma, a análise da culpabilidade tendo em vista a necessidade ou não de pena, senão vejamos:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, *conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*:
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; [...]. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Ora, na medida em que a reparação voluntária de danos, por si só, desempenha a função de assegurar a adequada reprovação e prevenção do crime, de maneira a tornar despicando o estabelecimento de uma pena, fruto do exercício da pretensão punitiva estatal, o artigo 59 do Código Penal deve ser invocado

para se afastar a culpabilidade do agente que não merece ser apenado por ter restituído satisfatoriamente o prejuízo causado à vítima do dano.

Desse modo, a disciplina do artigo 16 do Código Penal não deve esgotar o tratamento da reparação de danos e reduzi-la, independentemente da hipótese, a uma mera causa de redução da pena. O apenamento, de outra sorte, deve ser realizado apenas enquanto necessário, segundo a concepção de um Direito Penal mínimo e subsidiário.

Portanto, essa solução legal, fruto da moderna política criminal, está consentânea com a feição dinâmica do bem-jurídico penal, que tem na Constituição o seu referencial axiológico obrigatório.

Nessa ordem de ideias, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, deve ser observada pelas instâncias formais, que devem privilegiar as soluções que não recomendem o cerceamento da liberdade, sobretudo diante dos efeitos deletérios do encarceramento precoce ou indevido, confira-se:

A política criminal que impede reações penais não privativas de liberdade e preservadoras dos fins preventivos da pena – como é possível se obter com a reparação do dano – é uma política criminal deslegitimada pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. E, pior, desatende aos fins sociais de desenvolvimento perseguidos pela Constituição Federal. (AMARAL, 2005, p. 408).

Ultrapassados os óbices que inviabilizariam a admissão da reparação patrimonial como terceira via, impende analisar-se, no contexto dos delitos patrimoniais, a importância do instrumento, bem assim as circunstâncias e condições em que autorizada a renúncia à pena.

2.5 A Reparação de Danos nos Delitos Patrimoniais

Os crimes contra o patrimônio, tipificados no Título II da Parte Especial do Código Penal brasileiro, entre seus artigos 155 a 183, ao lado do tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 11.343/06), dominam os registros policiais e ocupam grande parte do cotidiano da justiça criminal.

Ocorre que, em face da indisponibilidade e da obrigatoriedade da persecução criminal, mesmo diante do eventual desinteresse da vítima do delito patrimonial, o Estado se vê compelido a prosseguir nas investigações ou a processar o agente que causou prejuízo de pequena monta ou que sequer atingiu o patrimônio do ofendido. Registre-se que, em tais casos, a ação penal é pública incondicionada como regra, o que se revela inadequado, senão vejamos:

Na verdade, não somente no caso do furto, mas em se tratando de qualquer crime patrimonial não violento, a ação penal deveria ser mesmo pública condicionada e não incondicionada. É claro que nos crimes patrimoniais praticados mediante violência ou grave ameaça não se pode abrir mão da ação penal pública incondicionada, considerando que se tratam de crimes complexos, onde não somente o patrimônio é tutelado, mas também bens jurídicos tais como a liberdade individual, a integridade física e até a vida das pessoas (v.g. roubo,

extorsão, extorsão mediante sequestro). No entanto, nos crimes patrimoniais não violentos, que são crimes simples, onde somente um bem jurídico é tutelado, no caso o patrimônio, a melhor opção de política criminal é mesmo a adoção da ação penal pública condicionada, como já vem sendo indicado pela doutrina há tempos. (CABETTE, 2012a).

Cuida-se de mais um apontamento a manifestar o caráter extemporâneo da disciplina do Código Penal vigente. Com efeito, o estabelecimento da condicionalidade da ação penal no campo dos delitos patrimoniais não violentos privilegia a vítima e se coaduna com a moderna política criminal. Contudo, trata-se de alternativa que reclama indispensável reforma legislativa.

Não obstante, à luz da moderna missão do Direito Penal subsidiário e fragmentário, torna-se possível, de forma casuística, conceber a reparação de danos como terceira via de solução dos delitos patrimoniais. Com esteio no artigo 59, do Código Penal vigente, juntamente com o programa axiológico constitucional, o intérprete deve identificar as hipóteses que ensejarão a renúncia ao exercício da pretensão punitiva face à reparação voluntária do dano pelo agente.

Um primeiro concernimento diz respeito a que crimes patrimoniais poderiam suscitar o recurso a esta via inédita de solução do conflito.

Invocando-se o disposto no artigo 59 do Código Penal, tem-se que o titular da ação penal, em um primeiro momento, deverá proceder à análise dos motivos e das circunstâncias e conseqüências do crime praticado em desfavor do patrimônio, bem assim do comportamento da vítima.

Objetivamente, uma vez reparado o dano, ainda que quantitativamente vultoso, retorna-se ao *status quo ante*, o que torna desnecessário, à primeira vista, o apenamento do agente que voluntariamente repara o dano causado. No entanto, essa reparação patrimonial só pode ser verificada com relação aos tipos penais que efetivamente atinjam apenas o patrimônio, que não estendam a ofensa a outros bens jurídicos tutelados pela norma.

A título exemplar, tem-se o crime de roubo, que, dotado de feição complexa, não tutela apenas o patrimônio do ofendido, mas também a sua integridade física, a sua liberdade pessoal ou até mesmo a vida (latrocínio). Ora, em casos tais, em que há ofensas a bens jurídicos diversos do patrimônio – talvez mais relevantes (criminalidade grave) – inviabiliza-se o recurso à reparação do dano como causa renunciativa à pena, restando como consequência apenas a atenuação da pena, *verbis*:

Quer-se com isso significar que a reparação em situações que tais não se mostraria suficiente para reafirmar o valor da norma violada, como poderia até estimular a prática de conduta intensamente desvaliosas, mercê cálculo prévio de custo-benefício, vindo a frustrar a função estabilizadora desempenhada pela pena (*die Stabilisierungsfunktion der Strafe*). Daí que no que concerne à criminalidade grave, longe de exercer qualquer influência despenalizante, a reparação deve voltar-se, o que não é pouco, à produção de efeitos atenuantes ou de diminuição da reprimenda. (CÂMARA, 2008, p. 200).

Portanto, no contexto dos delitos patrimoniais, a reparação, como terceira via de solução, deve voltar-se aos crimes perpetrados sem violência ou grave ameaça à pessoa, a fim de que bens

jurídicos mais relevantes que o patrimônio não padeçam de uma proteção jurídica ineficaz. Assim, os crimes de furto (artigo 155, Código Penal), dano qualificado (artigo 163, parágrafo único, do Código Penal), apropriação indébita (artigo 168 do Código Penal), estelionato (artigo 171 do Código Penal), receptação (artigo 180 do Código Penal), dentre outros, ensejariam, em tese, o manejo da via da reparação como resposta estatal suficiente e adequada frente ao delito patrimonial perpetrado (AMARAL, 2005, p. 379).

Em outro aspecto, o artigo 59 do Código Penal, como recurso interpretativo, ainda estabelece a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente.

A reparação do dano não deve corresponder a uma via que elida o exercício da pretensão punitiva sempre que o agente causador voluntariamente repare o dano. Decerto, a missão fundamental do Direito Penal moderno é exclusivamente tutelar bens jurídicos. Sucede que, em face da reiterada prática de delitos patrimoniais por determinado agente, torna-se forçoso recorrer ao Direito Penal para a tutela mais efetiva do patrimônio como bem jurídico.

Desta feita, para a admissão da reparação patrimonial como terceira via, é imprescindível um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, a fim de que seja possível identificar se, em concreto, a medida revela-se suficiente e adequada para proteger o patrimônio, em seu aspecto social e não individualizável. Portanto, maus antecedentes, reincidência, reprovável conduta social, dentre outras circunstâncias subjetivas, podem justificar

o exercício da clássica pretensão punitiva, ainda que o agente causador do dano tenha efetivamente reparado o dano à vítima.

Em outro aspecto, como já foi aduzido, faz-se imprescindível que a reparação de danos seja controlada pelas instâncias formais atuantes na persecução penal. Como via excepcional de solução, a reparação patrimonial, conquanto admitida apenas no contexto dos delitos de média ou de pequena gravidade, merece um controle maior para que haja renúncia à pena.

Dentro do modelo insculpido na Constituição, segundo o qual o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública (artigo 129, I, do CP), impõe-se que a análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal seja feita pelo órgão acusador. Uma vez constatando serem favoráveis e verificando a efetivação voluntária da reparação do dano, o órgão ministerial deverá promover o arquivamento do instrumento de investigação, submetendo-o a controle posterior do juiz.

Desse modo, assegura-se o respeito à garantia do devido processo legal, bem como se viabiliza o imprescindível controle sobre o manejo da reparação de danos como hipótese excepcional de renúncia à pena.

Ademais, embora semelhante, importante destacar que não se pode inferir que a reparação patrimonial, como terceira via, traduza a criação de uma hipótese extra-legal de extinção de punibilidade (artigo 107 do Código Penal). Não se cogita, em casos tais, de qualquer exercício da pretensão punitiva, porquanto a reparação não revela espécie de pena, mas sim instrumento

autônomo em relação ao fenômeno criminoso. É terceira via, estranha ao exercício da pretensão punitiva estatal, que a excepciona casuisticamente.

Com efeito, a reparação patrimonial, uma vez promovida, produz repercussões sobre o juízo de censurabilidade da conduta do agente. Se satisfatória como reação estatal à ofensa produzida, deve-se entender que a reparação voluntária, mesmo sendo ulterior, afasta a culpabilidade e até a existência do próprio delito em si, o que torna injustificável e excessiva a intervenção do Direito Penal. A punibilidade, de outro lado, só pode ser entendida senão como consequência jurídica específica da prática de um fato típico, ilícito e culpável (GRECO, 2011, p. 685-686).

3 Novas Perspectivas e Tendências – o Anteprojeto de Reforma do Código Penal

O penalista Claus Roxin (2006) projeta uma grande utilização do mecanismo da reparação de danos no futuro, com a produção de efeitos diversos, senão vejamos:

A nova ideia, para a qual prevejo grandes perspectivas no direito penal vindouro, é a de que uma reparação voluntária prestada antes da abertura do procedimento principal (*Hauptverfahren*) leve a uma obrigatória diminuição na pena; em caso de uma prognose favorável, sirva mesmo a uma suspensão condicional e, excepcionando-se os delitos graves, até a uma dispensa da pena (apesar de manter-se a condenação). (ROXIN, 2006, p. 25).

Essa previsão, em grande escala, acabou sendo acolhida pela comissão de juristas instalada no Senado Federal, no dia 18 de outubro de 2011, que, designada para fim exclusivo, elaborou e

apresentou o anteprojeto de reforma do Código Penal (BRASIL, 2012).

Para a elaboração do anteprojeto, partiu-se de princípios e critérios consonantes com a Constituição Federal de 1988, sendo concebido um Direito Penal mais voltado a sua funcionalidade social e ao respeito à dignidade da pessoa humana. No contexto dos delitos patrimoniais, destaca-se o fenômeno da descarceirização, identificado na adoção de recursos que evitam a pena privativa de liberdade e que racionalizam o Direito Penal.

Dentre esses instrumentos de descarceirização, a reparação de danos, como medida de justiça restaurativa, passa a ser causa de extinção da punibilidade quando aceita pela vítima e realizada até a sentença de primeiro grau nos casos dos crimes de furto, dano, apropriação indébita e estelionato.

Cuida-se de inovação que, embora restrita a alguns delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, merece aplausos, porquanto sobreleva o constitucionalismo penal e amolda-se à política criminal contemporânea, que resgata a participação da vítima no processo penal e enaltece o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal.

Outra inovação sugerida e que merece destaque diz respeito à natureza da ação penal. Nos casos dos crimes de furto, apropriação indébita e estelionato somente se procederá mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima, o que revela opção legislativa há muito tempo contestada pela doutrina, confira-se:

Ela deixará inclusive bem mais clara a questão do consentimento da vítima como descaracterizador do crime de furto e de outros delitos patrimoniais não violentos. Dará à defesa desse bem jurídico um viés adequado à sua característica de disponibilidade e propiciará uma racionalização do Código Penal Brasileiro no que tange ao tratamento adequado do bem jurídico patrimônio, que não pode ser sobreposto a outros de maior relevância. (CABETTE, 2012b).

Essa novidade viabiliza que a reparação patrimonial, mesmo não controlada pelas instâncias formais, atue, conquanto por causa diversa (decadência do direito de representação), como causa extintiva da punibilidade. Com efeito, reparado o dano pelo ofensor, a vítima pode não ter interesse na persecução criminal e deixar decair ou até mesmo renunciar ao direito de representação.

Portanto, além das hipóteses legais que expressamente estabelecem a reparação de danos como causa extintiva da punibilidade, o anteprojeto, ao estabelecer a condicionalidade da ação penal em tais casos, permite que a conciliação e a reparação patrimonial voluntária se dê mesmo sem a intervenção das instâncias formais de persecução criminal, o que favorece a celeridade e a economicidade processual.

Desse modo, observa-se que o anteprojeto confere efeitos importantes à reparação de danos, sobretudo nos delitos patrimoniais perpetrados sem violência e grave ameaça. Abandona-se o modelo clássico de justiça criminal, embora ainda remanesçam alguns traços desnecessários.

A disciplina do arrependimento posterior, a rigor, permanece incólume, não obstante tenha, nos moldes sugeridos

pelo anteprojeto, aplicação extremamente reduzida. Com efeito, a causa de redução de pena traduzida no arrependimento posterior aplica-se tão somente aos delitos praticados sem violência ou grave ameaça; a redução sugerida, doravante, restará às hipóteses em que a reparação não for aceita pela vítima.

Nos crimes cometidos com violência e grave ameaça, fará jus o agente que repara o dano tão somente à atenuação da pena à semelhança do que dispõe a legislação vigente.

De toda sorte, no contexto dos delitos praticados em desfavor do patrimônio, o legislador estabeleceu tutela adequada e proporcional ao bem jurídico patrimônio, que experimenta um processo inédito de descarceirização.

4 Considerações Finais

Diante da missão fundamental do Direito Penal de exclusivamente proteger bens jurídicos, impõe-se recorrer a um método ponderativo – valorativo e material – de interpretação da norma penal, segundo o qual o bem jurídico digno da tutela penal extrema deve ser aferido em concreto, tendo em vista principalmente o desvalor do resultado, o que revela sua dimensão dinâmica.

Contudo, é forçoso que se estabeleça a Constituição como referencial axiológico interpretativo com vistas a evitar a indevida expansão das punições. Nesse sentido, destaca-se o princípio da intervenção mínima, que exige que o Direito Penal promova uma tutela seletiva, sendo que apenas as ofensas concretas (princípio da ofensividade), relevantes e intoleráveis (princípio

da fragmentariedade), não protegidas suficientemente por outros ramos do Direito (princípio da subsidiariedade), constituam objeto passível de sancionamento pelo Direito Penal.

Desse modo, infere-se a excepcionalidade da tutela penal extrema, de maneira que, a fim de se estabelecer uma proteção jurídica adequada e tendo em vista os efeitos deletérios produzidos pela pena privativa de liberdade disposta pelo modelo de justiça criminal clássico, faz-se necessário desenvolver outras vias de solução.

Nesse contexto, emerge a reparação de danos como terceira via de solução, apta a atender aos fins de prevenção geral e especial e, com base no princípio da subsidiariedade, legitimar a renúncia à pena e ao modelo clássico de justiça criminal. Com efeito, trata-se de instrumento de inegável importância político-criminal e que valoriza a vítima, mas também serve aos interesses da sociedade e do indivíduo.

Ao se proceder à análise do ordenamento jurídico pátrio, observa-se que, em geral, a reparação de danos produz efeitos tímidos, sendo mera causa geral de diminuição de pena ou atenuante, o que evidencia a anacronia da disciplina do Código Penal brasileiro quando analisada a contemporânea política criminal. Ademais, em casos especiais, verifica-se que a reparação patrimonial constitui causa de extinção da punibilidade, o que retrata a existência de um tratamento assimétrico no ordenamento jurídico pátrio.

A fim de se sobrepor a essa ultrapassada opção político-criminal vigente no Código Penal e enquanto não experimentadas as necessárias reformas legislativas, a moderna política criminal, que aufere nova dimensão no Direito Penal moderno, deve exercitar sua função diretiva e, limitada pelo quadro axiológico disposto na Constituição, conferir a reparação de danos efeitos condizentes com o caráter subsidiário e fragmentário da tutela penal extrema.

Assim sendo, com vistas a legitimar a renúncia à pena e a estabelecer a reparação patrimonial como terceira via de solução, torna-se forçosa a relativização do princípio da obrigatoriedade, bem como a flexibilização da disciplina disposta no artigo 16 do Código Penal, que deve ser obtemperada pelo juízo de culpabilidade estabelecido no artigo 59, também do Código Penal.

No contexto dos delitos patrimoniais praticados sem violência e grave ameaça, que não atinjam outros bens jurídicos mais relevantes senão unicamente o patrimônio, uma vez reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento danoso, a reparação patrimonial pode compreender via autônoma excepcional de solução e afastar a intervenção enérgica do Direito Penal, desde que devidamente apreciada e controlada pelas instâncias formais de persecução criminal.

Atento a essa tendência advinda da moderna política criminal, o anteprojeto de reforma do Código Penal apresentado recentemente ao Senado Federal confere alguns avanços aos

efeitos produzidos a partir da reparação de danos no contexto dos delitos patrimoniais perpetrados sem violência ou grave ameaça.

Title: Repair of Damages in the Context of the Crimes Against Property: the Third Way in Harmony with the Contemporary Criminal Policy

Abstract. This scientific work aims to legitimize damage as a third solution in the context of crimes committed against property without violence or serious threat, able to avoid the intervention of the classical model of criminal justice. Therefore, it is proposed as an evaluative and material method of interpretation of the criminal code, which is revealed factually according to the appreciation of the result, in order so that the Criminal Law protects only legal goods which are not sufficiently protected by other branches of the Law and have been offended in a relevant and an intolerable way. In view of the contemporary criminal policy and starting in a theoretical and historical-legal research, we shall investigate the possible effects of patrimonial repair, as well as its aptitude, under certain conditions and some circumstances, to produce the recovery of the legal peace and the resocialization of the one who cause damage to the patrimony of another. Person. In this sense, once observed the asymmetry and anachronism of the national laws in force, it is suggested to apply the relativistic view of the principle of compulsory prosecution, as well as the moderation of article 16 of the Brazilian Penal Code, so that the patrimonial repair, before the axiological reference found in the Federal Constitution, be understood as a standalone instrument of solution.

Keywords: Repair. Damage. Patrimony. Anachronism. Criminal policy.

Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política*

criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCrim, 2007.

_____. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: JH Mizuno, 2005.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Congresso. Senado. Comissão de juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal. *Relatório final do Anteprojeto de Reforma do Código Penal*. Brasília, DF, 18 jun. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 4 out. 2012.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 out. 2012.

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.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Alterações do projeto de Código Penal previstas para o crime de furto. Uma abordagem crítica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3229, 4 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21670>>. Acesso em: 25 set. 2012.

_____. Crime de furto passará a depender de representação da vítima. *Atualidades do direito*, São Paulo, 4 maio 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2012/04/27/crime-de-furto-passara-a-depender-de-representacao-da-vitima/>>. Acesso em: 6 maio 2012.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Domingos Barroso; AZEVEDO, Juarez Morais de. Sobre a constitucionalização do trato conferido aos delitos contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça. A proibição de excessos na intervenção penal e a aplicação do princípio da isonomia, considerados os benefícios garantidos na órbita dos crimes contra as ordens tributária e econômica (Lei nº 10.684/03). *Jus navegandi*, Teresina, ano 16, n. 3093, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20602>>. Acesso em: 24 set. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Justiça penal restaurativa: perspectiva e críticas. *Jus navegandi*, Teresina, ano 12, n.1462, 3 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10077>>. Acesso

em: 24 set. 2012.

_____. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Suspensão condicional do processo: o novo modelo consensual de justiça criminal: Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte geral*. São Paulo: Método, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSENTHAL, Sérgio. *A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano*. São Paulo: Dialética, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña et al. Barcelona: Civitas, 1997. Tomo I.

_____. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

FERREIRA, Lucas César Costa. A reparação de danos nos delitos patrimoniais: a terceira via em sintonia com a contemporânea política criminal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 369-416, 2013. Anual.

Submissão: 29/04/2013

Aceite: 28/06/2013

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*, ISSN 1518-0891, 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@mpdft.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.

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 serão devolvidos aos autores.

Os autores dos artigos aprovados devem encaminhar ao Conselho Editorial o formulário de *Cessão de Direitos Autorais e Autorização para Publicação na Revista*, impressa e eletrônica, devidamente preenchido e assinado. A cessão será válida 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, bem como 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 laudas.

Caso a publicação tenha imagens, enviar em arquivo separado, no tamanho natural que será utilizado, em alta resolução (300 dpi), nos formatos JPG, TIF ou photoshop (.psd) ou em formato vetorial coreldraw (cdr), adobe illustrator (ai ou .eps).

As tabelas devem ser apresentadas conforme o “Manual de Apresentação Tabular” do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), publicado em 1993.

Os textos devem ser redigidos em fonte *Times New Roman*, tamanho 12, espaçamento entre linhas 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, devem ser

precedidos por uma página, contendo: nome(s) do(s) autor(es); endereço; telefone; fax e e-mail; qualificação acadêmica; filiação institucional; principal atividade exercida.

Os artigos devem ser apresentados de forma completa, contendo: 1. *Elementos pré-textuais*: a) título e subtítulo (se houver) em português; b) sumário; c) resumo informativo em português (de 100 a 250 palavras); d) relação de palavras-chave em português - no máximo 7 (sete). 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; c) relação de palavras-chave em inglês; d) referências; e) anexos (se houver), conforme a NBR 6022/2003.

O sumário que precede o texto do artigo deve ser numerado com as divisões do texto, em algarismos arábicos (NBR 6024/2003), separando uma divisão da outra por ponto e espaço. A introdução e a bibliografia não devem ser numeradas. As divisões do sumário devem ser apresentadas com até três níveis.

As referências devem ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), apresentadas ao final do texto, organizadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda. 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 NBR 10520/2002. Citações diretas com mais de três linhas devem constituir um parágrafo com alinhamento justificado, espaçamento entre linhas

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 e sem o uso de itálico.

Recomenda-se o uso de notas de rodapé 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.

Impressão: Oliveira e Nunes Gráfica Ltda
QSA 25, Lote 1, Sala 203, Taguatinga- DF
CEP 72.015-250

Dezembro de 2013

